
Archiv
für
Bürgerliches
Recht.
13
Annex
Journals


13
Annex
Journals
K
1
.R3335

...rgerliches
Recht

13


13
Annex
Journals
K
1
.R3335

[illegible]rgerliches
Recht

13





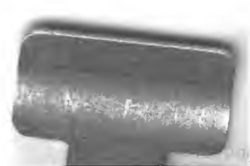




KARL HAMBURGER



'rinted in Germany



Archiv

für

Bürgerliches Recht.

Herausgegeben von

Dr. J. Kohler,
ord. Professor an der Universität Berlin.

V. Ring,
Richter am Landgericht I Berlin.

Dr. P. Oertmann,
Professor an der Universität Berlin.

Dreizehnter Band.

Berlin.
Carl Heymanns Verlag.
1897.

Gedruckt bei Julius Sittenfeld in Berlin W.

Verlags-Archiv 2799.

Inhalts-Verzeichniß.

Seite

1

Von I

Im
getragen
objektive
gegenübe
l. 3
in corp
dissentia
ego cre
tradam,
nam
tu eam
transire,
accipiend
l. 18
Si ego p
accipias
videndum
non fieri,
Wir

[1]) An
gemeinrechtl
Möglichkeit
genügenden
gehenden E
Dogmatik 2
die Quellen

1.

Ueber abstrakte und kausale Tradition und § 929 B. G. B.

Von Dr. jur. Paul Krückmann, Privatdozent der Rechte an der Universität Göttingen.

Im gemeinen Rechte [1]) besteht eine lebhafte und noch unausgetragene Kontroverse, ob zur Rechtswirksamkeit der Tradition objektive Rechtsbeständigkeit der causa erforderlich ist. Es werden gegenüber gestellt:

l. 36 D. de adq. r. d. 41, 1. Julianus l. 13 digestorum: Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi.

nam etsi numeratam pecuniam tibi tradam donandi causa, tu eam quasi creditam accipias constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.

l. 18 D. de. reb. cred. 21, 1. Ulpianus l. 7 disputationum: Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias Julianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit videndum, et puto nec mutuam esse magisque nummos accipienti non fieri, cum alia opinione acceperit.

Wir wollen einmal alle Möglichkeiten erschöpfen.

---

[1]) Aus Gründen der Raumersparniß habe ich mir in Beziehung auf den gemeinrechtlichen Theil meiner Arbeit und die schon erwachsene Litteratur nach Möglichkeit Zurückhaltung aufgelegt, um der Erörterung über das B. G.B. genügenden Raum schaffen zu können. Ueberdies scheint mir nach den eingehenden Erörterungen Eisele's und Strohal's in den Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 23 und 27 kein Grund vorzuliegen, noch einmal ausführlich in die Quelleninterpretation einzutreten.

I.

1. Es ist objektiv eine causa vorhanden.
2. Beide Parteien kennen sie.
3. Beide Parteien wollen, daß Eigenthum übergeht.
4. Beide Parteien befinden sich in vollständigem Konsens über causa und Eigenthumsübergang.

Dies ist der normale Fall.

Beispiel: Darlehnsschuldner S. zahlt dem Darlehnsgläubiger G. seine Darlehnsschuld von 300 Mk.

II.

1. Es ist objektiv eine causa vorhanden.
2. Beide Parteien haben von ihr eine verschiedene Vorstellung (Legat—Stipulation, erster Fall bei Julian).
3. Beide Parteien wollen, daß Eigenthum übergeht.

Beide Parteien befinden sich in Dissens über die causa, dieser Dissens kann aber die objektiv vorhandene causa nicht aus der Welt schaffen, er bezieht sich nur auf den Charakter der causa, z. B. ob Legat oder Stipulation. Hier würde man den Parteien unnöthig Hindernisse in den Weg legen, wenn man den Eigenthumsübergang leugnete. Thatsache ist, daß S. dem Gläubiger G. 500 Mk. schuldet, daß er seine Schuld tilgen will, daß G. damit einverstanden ist, wie wäre es denn da gerechtfertigt, den Eigenthumsübergang zu leugnen, wo beide doch die wirklich bestehende Schuld tilgen wollen? Die Entscheidung von Julian ist daher durchaus zu billigen.

Die Frage, ob eine Interpolation vorliegt oder nicht, scheint mir von geringerem Interesse, l. 36 cit. kann auch in ihrer jetzigen Gestalt durchaus gebilligt werden. Wer sagt denn, ob nicht gerade Julian die Veränderung vorgenommen hat, die den Kompilatoren zugeschrieben wird? S. jedoch Strohal, Jahrb. f. Dogm. 27 S. 364 und daselbst Citirte.

Uebrigens scheint Strohal mir l. 36 cit. falsch zu verstehen, wenn er annimmt, daß objektiv eine causa ermangele; das scheint mir verfehlt. Warum sollen wir denn den Standpunkt der Kompilatoren, wenn diese hier überhaupt thätig geworden sind, verwerfen? Es besteht doch gar kein Grund dafür.

III.

1. Es sind objektiv mehrere Schulden und mehrere causae vorhanden.
2. Die Parteien kennen sie alle.
3. Beide wollen, daß Eigenthum übergeht.
4. Die Parteien dissentiren über die causa; aber nicht über ihren objektiven Bestand oder ihren Charakter, denn es handelt sich nicht um eine einzige, sondern um mehrere causae. Sie dissentiren darüber, auf Grund von welcher der mehreren causae tradirt werden soll und tradirt wird.

Beispiel: S. schuldet dem G. 500 M. Kaufgeld, 500 M. Darlehn, 500 M. pfandrechtlich gesichertes Darlehn. Er will den letzten Posten tilgen, G. den ersten. Da fragt sich: Wird die von S. gewollte Schuld getilgt, oder wird sie nicht getilgt und geht trotzdem Eigenthum über, oder bleibt das Eigenthum beim Schuldner? Ganz mit Recht ist die Bestimmung des Schuldners maßgebend, der Dissens wird gar nicht berücksichtigt.

Vergl. l. 1, 2, 3 § 1 D. de solutionibus 46, 3, Dernburg, Pand. II § 55 und die daselbst Citirten. Die objektiv vorhandene causa des Gebers siegt über die ebenfalls objektiv vorhandene causa des Empfängers.

IV.

a) 1. Es ist objektiv keine causa vorhanden.
   2. Beide Parteien glauben, daß eine causa vorhanden sei.
   3. Beide Parteien wollen, daß Eigenthum übergeht.
   4. Die Parteien befinden sich in vollständigem Konsens über die vermeintliche causa und den Eigenthumsübergang.

Beispiel: Irrthümliche Zahlung einer Nichtschuld. Nach den Grundsätzen der condictio indebiti geht Eigenthum über. Der vollständige Konsens deckt den Mangel einer objektiv vorhandenen causa.

b) Derselbe Fall, aber jede der beiden Parteien hat eine andere causa im Auge als die andere. Es kommt also noch Dissens über die angebliche, in Wirklichkeit nicht vorhandene causa hinzu, die Römer scheinen diesen Fall nicht gekannt zu haben, darum wollen wir die Entscheidung noch aussetzen, bis wir das Hauptprinzip ge-

wonnen haben. Strohal freilich bezieht hierauf die l. 36 cit., s. oben S. 2, aber m. E. mit Unrecht.

c) Gleich liegt mit a und b auch noch jener Fall, wo die Parteien nach jeder Richtung hin über causa und Eigenthumübergang in Konsens sich befinden, aber die causa aus bestimmten Gründen vom objektiven Rechte nicht anerkannt wird. Hierher gehört die condictio ob turpem vel injustam causam. Juristisch ermangelt in diesem Falle genau so gut wie in den beiden vorhergehenden die causa. Trotzdem geht Eigenthum über. Tit. Dig. 12, 5.

d) Derselbe Fall wie unter a), nur fehlt guter Glaube des Empfängers. Wegen seiner Arglist erwirbt er kein Eigenthum l. 18 D. de cond. furt. 13, 1, l. 81 s. 5 D. de furtis 47, 2.

V.

a) 1. Es ist objektiv keine causa vorhanden.
2. Beide Parteien wollen, daß Eigenthum übergeht.
3. Sie dissentiren in Beziehung auf die causa und deshalb kommt die causa nicht zur Entstehung. Vollständig gleichgültig scheint es mir, ob ausgesprochener oder irrthümlicher Dissens vorliegt, wie Strohal S. 370ff. will. S. Nr. 4.
4. Der Geber hat jedoch kein sonderliches Interesse daran, daß gerade seine causa perfizirt, durchgesetzt, d. h. vom Gegner unbedingt acceptirt werde.

Beispiel: Der Geber will schenken, der Empfänger will nur ein Darlehn. Beide wollen den Eigenthumsübergang, der Empfänger jedoch mit der Wirkung, daß eine condictio mutui entstehe, der Geber will nur den Eigenthumsübergang ohne nachfolgende condictio. Keinerlei Interessen werden geschädigt, wenn 1) die causa des Gebers nicht über die des Nehmers siegt (Julianus scribit donationem non esse) oder wenn 2) trotz dieses Umstandes Eigenthum übergeht.

Der Mangel eines durchgreifenden Interesses an der eigenen causa und der trotz des Dissenses über die causa festgehaltene Uebertragungswille, sowie der Konsens beider Parteien in Bezug auf den Eigenthumsübergang sind stärker als der Dissens über die causa und als ihr objektiver Mangel. Ich glaube, daß diese einfache Thatsache vollständig ausreicht, um Alles zu erklären. Im Allgemeinen verfolgt

Strohal denselben Gedanken. Dies ist der zweite Fall des Julian, der ebenfalls ganz sachgemäß entschieden ist. Strohal S. 370.

b) Nicht unmöglich ist, daß im besonderen Falle der Geber sagt: Wenn Du das Geld u. s. w. nicht als Geschenk nehmen willst, sollst Du es überhaupt nicht haben; dann wäre kraft Parteiwillens Perfektion der Schenkung Bedingung für den Eigenthumsübergang. Vielleicht hat Ulpian in l. 18 cit. an etwas derartiges gedacht, als er seine Entscheidung fällte.

Jedenfalls sehen wir aber Eines zweifellos, daß im vorliegenden Beispiel die Frage, ob Eigenthumsübergang oder nicht, nach der Parteiabsicht, aber nicht nach zwingendem Gesetz zu entscheiden ist, daß wir also eine reine Thatfrage vor uns haben; diese ist im Zweifel dahin zu entscheiden, daß regelmäßig der Eigenthumsübertragungswille trotz Dissenses über die obligatorischen Folgen des Eigenthumsüberganges festgehalten wird.

c) Die unter a aufgezählten Momente können aber noch in einem anderen Falle zutreffen, wenn nämlich A. ein irreguläres Depositum geben, B. ein Darlehn oder gar ein Geschenk nehmen will. Vergl. die Fälle bei Strohal S. 343, 344.

Hier kann unmöglich Eigenthum übergehen, denn der Geber ist ganz im Gegensatz zum vorigen Fall auf das Lebhafteste an der Perfektion seiner causa interessirt und diesem Umstande müssen wir Rechnung tragen. Wir werden daher diesen Fall genau entgegengesetzt entscheiden müssen, wie den Fall unter a und b. Das ergiebt eine Anwendung von Ulpian's Prinzip. Dieses ist an sich ganz richtig, nur von ihm auf einen unpassenden Fall angewandt; unter dieser Betrachtung verschwinden alle Gegensätze in den Quellen und zugleich gewinnen wir ein ganz vernünftiges Rechtsprinzip.

Nach dem Interesse des Gebers muß die Frage des Eigenthumsüberganges entschieden werden. Wir brauchen keinerlei andere Unterschiede zu machen, insbesondere nicht auf irrthümlichen oder ausgesprochenen Dissens zu sehen. Hier hat schon Eisele[2]) das erlösende Wort gesprochen und Strohal erkennt an, daß prinzipiell zwischen den beiden Juristen kein Widerspruch besteht.

Fassen wir nunmehr alles kurz zusammen, so ergiebt sich folgendes Bild:

[2]) Jahrb. für Dogmatik Bd. 23 S. 10ff.

Als Hauptregel erscheint: Die Tradition ist kausal (Strohal S. 376ff.) d. h. Eigenthum geht über nur, wenn die causa des Gebers durchgesetzt wird.

Besondere Fälle: 1. Ist ist die causa objektiv vorhanden, so schaden Meinungsverschiedenheiten über ihren Charakter nicht, die Thatsache des objektiven Daseins siegt über diese subjektiven Ansichten. Dies ist keine Ausnahme von der Regel.

2. Es sind mehrere causae objektiv vorhanden, die Parteien sind über die der Tradition zu Grunde zu legende causa verschiedener Meinung: Die causa des Gebers siegt über die causa des Nehmers. Dies ist ebenfalls keine Ausnahme, denn die Kausalität der Uebergabe wird festgehalten, die einzige Besonderheit ist, daß der Konsens der Parteien aus praktischen Gründen vom objektiven Rechte ersetzt wird.

Als Ausnahmen erscheinen: 1. Es ist objektiv keine causa vorhanden, irrthümlich nehmen beide Parteien Vorhandensein einer causa an und sind über die vermeintliche causa und den Eigenthumsübergang in vollständigem Konsens: Der vollständige Konsens in Bezug auf causa und Uebergabe siegt über den objektiven Mangel einer causa.

2. Es fehlt objektiv an einer causa und an Konsens über eine vermeintliche causa, aber der Geber hat kein Interesse an Durchsetzung seiner causa und die Parteien sind in Konsens in Bezug auf den Eigenthumsübergang. Wegen Mangels an Interesse wird der Uebertragungswille vom Geber festgehalten: Die Parteienabsicht siegt über den Mangel einer causa.

Wir sehen, die Ausnahmen sind nur zwei, die übrigen Sonderfälle sind in Wirklichkeit keine Ausnahme, sondern sind Anwendungen der Hauptregel. Diese besteht aber nicht darin, daß die gemeinsame causa beider Parteien zur Perfektion kommen, sondern darin, daß die causa des Gebers durchgesetzt werde.

Man faßt unsere Regel viel zu eng, wenn man eine vollgültige Tradition nur dort findet, wo eine von beiden Parteien gewollte causa sich durchsetzt, dafür ist gar kein innerer Grund, denn nicht der Empfänger als der Bereicherte, sondern der Geber als der Verlierende hat ein besonderes Interesse an der Durchsetzung seiner causa. Hat der Empfänger jedoch wirklich einmal ein Interesse an Durch-

setzung seiner causa, z. B. er will ob leviorem causam nehmen, der Geber ob duriorem causam geben, vergl. III und Vc, so wird doch das Interesse des Gebers als das stärkere und darum allein maßgebende anerkannt. Also ergiebt sich, daß es allein auf das Interesse des Gebers, auf *seine* causa ankommt, die causa des Empfängers kommt nur insoweit in Betracht, als sie ein Moment des Dissenses bildet. Aus Vorstehendem ergiebt sich, daß sogar die Ausnahme unter 2 in Wirklichkeit keine Ausnahme von unserem obersten Prinzip bildet. Gemeinsam ist ihr mit dem Fall der condictio indebiti der ohne Rücksicht auf die causa wirksame Uebertragungswille. Aber muß man nicht von der condictio indebiti sagen, daß die von dem Geber ins Auge gefaßte causa genau seinem Willen entsprechend zur Beherrscherin des Uebertragungsgeschäftes gemacht ist? Zwar ist sie nicht objektiv vorhanden, aber sie ist vom Geber gewollt und vom Empfänger anerkannt: Dem Willen des Gebers ist darum nach jeder Richtung hin Genüge geschehen.

Hierin liegt das allen scheinbaren Regeln und scheinbaren Ausnahmefällen gemeinsame Moment. *Es kommt in allen Fällen auf den Willen des Gebers an.* Nur eine einzige Ausnahme besteht, wenn bei irrthümlicher Zahlung einer Nichtschuld der Empfänger in Arglist sich befindet.

Die Regel ist also nicht, wie ich sie oben scheinbar aufstellte: Die Tradition ist (objektiv) kausal, sondern *die Tradition ist subjektiv kausal.* Die vom Geber ins Auge gefaßte causa muß sich durchgesetzt haben oder es muß ihm das Interesse an ihrer Durchsetzung fehlen (Va), die causa braucht aber nicht objektiv sich durchzusetzen, nicht objektiv perfizirt zu werden, wie es nach der oben gebrauchten, absichtlich noch unbestimmt gelassenen Ausdrucksweise scheinen könnte. Sie muß nicht nothwendig *objektiv* vorhanden sein. Es genügt, daß kraft Konsenses keine andere, als die vom Geber gewollte causa für das Geschäft maßgebend *sein soll*, d. h. daß die causa des Gebers vom Empfänger *acceptirt* wird. Die Tradition ist also nicht abstrakt, im Gegentheil, von Bedeutung bleibt die causa immerhin. Die Zerreißung von Uebertragungs- und Kausalwillen, zu der sich verschiedene Schriftsteller haben verleiten lassen, ist unbedingt falsch. Eine höchst unglückliche Rolle hat in dem ganzen Streit das unpassende Wort „abstrakt“ gespielt, indem vielfach um dieses bloßen Wortes die wissenschaftliche Erörterung auf Abwege gerieth.

Wenn wir nunmehr das gewonnene Prinzip auf den oben offen gelassenen Fall Vb anwenden, so müssen wir sagen, daß hier Eigenthum nicht übergehen dürfte, da die causa des Gebers vom Empfänger nicht acceptirt wird. Andererseits ist es für den Geber ohne jedes Interesse, ob seine causa acceptirt wird oder nicht, denn seine vermeintliche causa existirt nicht. Damit fällt sein Interesse fort und in jedem Falle kommt, sobald Eigenthumsübergang stattfindet, nur eine condictio sine causa zur Entstehung, niemals die vom Geber bezielte Klage. Darum ist analog dem Falle Va zu sagen, daß Eigenthum wegen des erklärten Willens der Parteien übergeht. Wer mit Strohal den ersten Fall der l. 36 cit. hier findet, kann sogar eine Quellenentscheidung anführen.

An dem gewonnenen Gesammtergebniß ist besonders bemerkenswerth Fall IV, der lehrt, wie sehr die Römer der causa des Gebers ihr Interesse zuwandten, so daß sie ihr sogar gegen den Willen des Empfängers zur Wirksamkeit verhalfen.

Nicht hierher gehören und von der Erörterung ausgeschieden sind jene Fälle, in denen der Eigenthumsübergang vom Rechte nicht gewollt ist, z. B. bei verbotenen Schenkungen u. s. w. Hier handelt es sich um ganz andere Gesichtspunkte.

Zunächst müssen wir die Einzelentscheidungen des B. G.B. und des römischen Rechtes miteinander vergleichen, denn auf ihnen liegt, wie im römischen Rechte, das Schwergewicht.

Fall I ist genau so zu entscheiden, wie im römischen Rechte.

Fall II ebenfalls, hier hilft

§ 929. Zur Uebertragung des Eigenthums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß der Eigenthümer die Sache dem Erwerber übergiebt und beide darüber einig sind, daß das Eigenthum übergehen soll.

Fall III entscheidet sich ebenfalls dem römischen Rechte entsprechend:

§ 366. Ist der Schuldner dem Gläubiger aus mehreren Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen verpflichtet und reicht das von ihm Geleistete nicht zur Tilgung sämmtlicher Schulden aus, so wird diejenige Schuld getilgt, welche er bei der Leistung bestimmt.

Fall IVa wird ebenfalls wie im römischen Rechte behandelt. Vergl. § 929, dazu die §§ 812, 813:

§ 812. Wer durch die Leistung eines Anderen ... auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet.

§ 813. Das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete kann auch dann zurückgefordert werden, wenn dem Anspruch eine Einrede entgegenstand, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wurde.

Eine einzige Ausnahme macht § 222 Abs. 2 bei Einrede wegen Verjährung.

Fall IVb entscheidet sich nach § 929 ebenfalls wie im römischen Rechte.

Fall IVc wie IVa, b auf Grund von § 929.

Fall IVd. Nach § 929 erwirbt bedauerlicher Weise auch der arglistige Empfänger Eigenthum.

Zu dem Fall IVc ist jedoch anzuziehen § 817. War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, daß der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, so ist der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet.

Vergl. § 818.

Zu IVa und d ist anzuziehen § 819. Kennt der Empfänger den Mangel des rechtlichen Grundes bei dem Empfang oder erfährt er ihn später, so ist er von dem Empfang oder der Erlangung der Kenntniß an zur Herausgabe verpflichtet, wie wenn der Anspruch auf Herausgabe zu dieser Zeit rechtshängig geworden wäre.

Verstößt der Empfänger durch die Annahme der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten, so ist er vom Empfang an in gleicher Weise verpflichtet.

Fall Va weicht wegen § 929 nicht von der römischen Entscheidung ab.

Fall Vb ebenfalls nicht, da hier sich alles nach der ausdrücklichen Willensmeinung des Gebers entscheidet.

Fall Vc. Wir können trotz § 929 auf Grund der Auslegung des Parteiwillens doch dem römischen Rechte entsprechend entscheiden, daß kein Eigenthum übergeht, denn wir dürfen ganz mit Recht sagen, daß wegen seines Interesses der Geber nicht anders geben will, als wenn seine causa vom Gegner angenommen wird. Diese Entscheidung einer reinen Auslegungs- und Thatfrage läßt sich sehr wohl

mit § 929 vereinigen und so kommen wir denn trotz einer verfehlten Gesetzesbestimmung doch zu einem vernünftigen Ergebniß; der § 929 enthält kein zwingendes Recht, er ist dispositiver Natur, kann daher durch den Parteiwillen außer Kraft gesetzt werden.

§ 929 sagt nicht, daß zur Eigenthumsübertragung immer ein abstrakter Traditionsvertrag nothwendig sei, er sagt nur, daß ein solcher genügt. Daneben bleibt im besonderen Fall immer noch die Frage nach einer weitergehenden Parteiabsicht offen, nämlich, ob nicht einmal der Geber den Eigenthumsübergang abhängig macht davon, daß der Nehmer die causa des Gebers acceptirt.

Ein dahingehender Wille des Gebers braucht nicht ausdrücklich ausgesprochen zu sein, kann sich vielmehr aus den Umständen ergeben. Einen sehr sicheren Maßstab zur Beurtheilung der Absichten des Gebers liefert nun, wie bemerkt, sein Interesse am Uebergang oder Nichtübergang des Eigenthums. Im vorliegenden Falle werden wir anerkennen müssen, daß wir im Zweifel den Interessen des Gebers erst dann gerecht werden, wenn wir ihm sein Eigenthum sichern, dies gilt besonders dann, wenn ausgesprochener Dissens vorliegt. Zum Beispiel A. schickt B. 500 M. Depositum; B. schreibt wieder, es als das ihm angeblich vor einiger Zeit versprochene Geschenk annehmen zu wollen. Hier wäre ein Festkleben an dem Wortlaut des § 929 ein schwerer Fehler, der sich in seinen Folgen besonders dann zeigen würde, wenn es sich um eine Speziessache handelt. Wir werden unten noch näher auf diesen letzten Punkt zurückkommen.

Das römische Recht ist zu seinen Einzelentscheidungen und zu seinem leitenden Grundsatz offenbar nur deshalb gelangt, weil es das Willensmoment im Eigenthumsübertragungsvertrage so hoch achtet. Es ist in dieser Richtung bis an die m. E. äußersten, noch eben zulässigen Grenzen gegangen, indem es seinen Rechtssatz nur aus der Auslegung des Parteiwillens schöpfte. Das B. G.B. beugt sich dem Partei- d. h. in diesem Falle dem bloßen Uebertragungswillen noch mehr. Dadurch wird uns aber das Recht der freien Auslegung des Parteiwillens nach der Gesammtheit aller in Betracht kommenden Umstände nicht geschmälert und von diesem Rechte muß die Praxis den nothwendigen Gebrauch machen.

Es läßt sich also bei vernünftiger Auslegung des § 929 B. G.B. die Uebereinstimmung mit dem römischen Rechte sehr wohl herstellen,

abgesehen von der einen Ausnahme IVd: Doloser Empfang des Indebitum.

Ich glaube nicht, daß es unserem Rechtsbewußtsein unbedingt entspricht, das auf Grund verwerflichen Empfanges Gegebene ohne Weiteres in das Eigenthum des Nehmers übergehen zu lassen. Wir mißbilligen eine solche Handlung derartig, daß wir z. B. in § 331 St.G.B. den Beamten mit Strafe bedrohen, der sich für eine nicht pflichtwidrige Amtshandlung bezahlen läßt, trotzdem läßt das Civilrecht in diesem und ähnlichen Fällen Eigenthumsübergang zu.[3])

In die rechte Beleuchtung kommt § 929 B.G.B. erst dann, wenn wir noch folgende §§ des B.G.B. anziehen:

§ 932. Durch eine nach § 929 erfolgte Veräußerung wird der Erwerber auch dann Eigenthümer, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört, es sei denn, daß er zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften Eigenthum erwerben würde, nicht in gutem Glauben ist.

Der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder in Folge von grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer angehört.

Analoge Bestimmungen enthalten die §§ 933, 934 für die in den §§ 930, 931 vorgesehenen Fälle.

§ 935. Der Erwerb des Eigenthums auf Grund der §§ 932 bis 934 tritt nicht ein, wenn die Sache dem Eigenthümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen war. Das Gleiche gilt, falls der Eigenthümer nur mittelbarer Besitzer war, dann, wenn die Sache dem Besitzer abhanden gekommen war.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung auf Geld oder Inhaberpapiere, sowie auf Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert werden.

Der Grundsatz des B.G.B. ist: Der Eigenthümer, der freiwillig eine Sache aus Händen gegeben hat, muß sich gefallen lassen, daß der gutgläubige Dritte Eigenthum erwirbt.

Daraus folgt für die Fälle IVd, Vc, daß die vom Geber dem Empfänger überlieferte Sache dem ersteren immer verloren sein würde, wenn der Empfänger sie weiter veräußert. Der Vorbehalt des Eigen-

---

[3]) Dies beweist, daß die Folge von Strafbarkeit keineswegs stets civilrechtliche Nichtigkeit ist. Freilich bestehen auch keine rechtspolitischen Gründe, dies unbedingt und überall zu fordern.

thums würde also nur dann etwas nützen, wenn und solange die Sache noch beim Empfänger ist.

Prüft man dies Ergebniß auf seine Billigkeit, so muß man allerdings für den Fall IVd zugeben, daß der gutgläubige dritte Erwerber mindestens ebenso schutzwürdig sein kann und sein wird, als der Geber, der so wenig seine eigenen Angelegenheiten beherrscht, daß er sich betrüglich Vermögensstücke abnehmen läßt. Darum ist auch von jedem Versuche abzurathen, § 935 nach der Richtung hin extensiv auszulegen, daß man in der betrüglichen Annahme einer Nichtschuld einen Fall des Stehlens findet, wodurch Eigenthumserwerb des Empfängers und der Dritten ausgeschlossen sein würde.

Nicht ganz so liegen die Dinge im Falle Vc, aber dieser muß als eine zwar nicht erfreuliche Anwendung der in den §§ 929ff. zum Gesetze gewordenen Regel einfach hingenommen werden.

2.

Ueber die falsche Reklame.

Von Oberlandesgerichtsrath **Dr. Th. Wolff** in Hamm.

Wie jede menschliche Thätigkeit, so erfordert auch das Gewerbe zu seiner Existenz die Anerkennung, ohne welche es bei noch so großer Tüchtigkeit verkümmern muß. Diese Anerkennung, die sich in dem Absatz der Erzeugnisse äußert, welche der Gewerbetreibende schafft oder sich verschafft, kann nur durch das öffentliche Angebot erworben werden, durch welches das Publikum von der Existenz und den Leistungen des Geschäftsmanns Kenntniß erhält. Da aber jedes Geschäftsgebiet das Feld der Thätigkeit mehrerer Personen ist, von denen jede durch den Absatz ihrer Waaren den Mitbewerbern eine Erwerbsquelle entzieht, so muß die Anerkennung der einen die Verdrängung anderer zur Folge haben. Und je größer der Kreis der Mitbewerber ist, desto schwieriger ist es, die Aufmerksamkeit des Publikums auf sich zu ziehen und seine Anerkennung zu erwerben. Bei der Konkurrenz, welche die Gewerbefreiheit hervorgerufen hat, erschallt der Ruf nach Anerkennung von denen, die zur Geltung kommen wollen, immer lauter, und je größer und je erbitterter der Kampf um die Anerkennung des Publikums ist, um so mehr steigert sich das bloße Angebot zur Empfehlung und zur eignen Lobpreisung und artet in Gehässigkeit und Lüge aus.

Der wirthschaftliche Kampf ist eine nothwendige Folge der Gewerbefreiheit. Solange diese besteht, muß er als erlaubt gelten. Mag er auch mit dem Sieg des wirthschaftlich Stärkern den Untergang des Schwächern zur Folge haben, so kann der Sieger doch auch derjenige sein, dessen bessere Leistungen den Sieg verdienen. Aber nur wenn sich dieses Resultat ergiebt, kann man vom wirthschaftlichen Standpunkt den Kampf als statthaft gelten lassen, nicht aber dann, wenn die schlechtere Leistung den Sieg über die bessere gewinnt. Das ist aber der Fall, wenn der Kampf mit unehrlichen Waffen geführt wird.

Der Führung des wirthschaftlichen Kampfs mit unehrlichen Waffen trat die französische Gerichtspraxis entgegen, indem sie aus dem Art. 1382 des Code civil einen Schutz des ehrlichen Gewerbetreibenden gegen jede concurrence déloyale herleitete. Obgleich die Gesetzgebung jedes deutschen Staats eine gleiche Vorschrift enthielt, wonach jede Handlung eines Menschen, die einem andern Schaden zufügt, zum Schadensersatz verpflichtet, vermochten die deutschen Gerichte diese Vorschrift doch nicht zu einem Schutz desjenigen auszulegen, auf welchen in Ermangelung einer direkten Rechtsbeziehung eine unmittelbare Einwirkung durch unlautere Geschäftsgebahrung nicht stattgefunden hat.

Diesem Mangel hat das Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlautern Wettbewerbes vom 27. Mai 1896 abzuhelfen gesucht, indem es einen gerichtlichen Schutz gegen diejenigen gewährt, die sich durch unwahre Reklame vorzudrängen, die durch üble Nachrede den Mitbewerber zu verdrängen, die durch Aneignung der gewerblichen Resultate oder der gewerblichen Geheimnisse sich auf Kosten anderer zu bereichern suchen.

Das Gesetz gestattet den Konkurrenzkampf, es gestattet auch die Reklame, durch die der Gewerbetreibende sich anzeigt und in der Erinnerung des Publikums zu erhalten versucht, es tritt auch derjenigen Reklame nicht entgegen, durch welche sich der Gewerbetreibende mit eigener Empfehlung und Lobpreisung anderen vordrängt, es verbietet aber diejenige Reklame, welche sich zu einem unehrlichen Kampfmittel ausgestaltet. Die Rechtsverhältnisse, welche sich aus dem Verbot dieser unwahren Reklame ergeben, sollen hier erörtert werden.

I. Die rechtliche Natur der unwahren Reklame.

Indem das Gesetz jedem Konkurrenten das Recht giebt, die unwahre Reklame durch das Civilgericht untersagen zu lassen und indem es den Thäter für den durch diese Reklame verursachten Schaden verantwortlich macht, charakterisirt es dieselbe als eine unerlaubte Handlung. Kann sich jeder innerhalb der gehörigen Schranken seines Rechts bedienen, ohne für den Schaden zu haften, der durch die Ausübung des Rechts einem andern entsteht (l. 55, 151 D. 50, 17, § 36 A. L.R. I, 6), so folgt aus der gesetzlichen Bestimmung, nach welcher eine unwahre Reklame nicht vorgebracht werden darf, daß diese Reklame über die gesetzlichen Schranken des eigenen Rechts hinausgeht, daß sie also

nicht erlaubt, daß sie ein civilrechtliches Delikt ist. Dazu kommt, daß die Reklame unter den Voraussetzungen des § 4 sogar zu den Strafthaten gehört. Der aus dem Vorbringen der falschen Reklame entstehende Anspruch ist daher ein Anspruch ex delicto. Man darf den Anspruch nicht als einen negatorischen auffassen, wenn eine solche Auffassung auch insoweit mit der Annahme der Deliktsobligation nicht im Widerspruch steht, als der unberechtigte Eingriff in ein Vermögensrecht immer ein civilrechtliches Unrecht ist. Die Anschauung von dem negatorischen Charakter des Anspruchs ist für die Verletzung des Urheberrechts, des Patent-, des Markenschutzrechts zur Geltung gekommen (Reichsgerichts-Entsch. Bd. 18, 36, 37; Bd. 25, 378 u. Bd. 33, 138), obgleich die Ausdehnung des Eigenthumsschutzes auf die immateriellen Rechte keine gesetzliche Grundlage hat, auch im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht zugelassen ist, welches den Eingriff in ein Recht an einem unkörperlichen Gegenstande nur als eine unerlaubte Handlung auffaßt (§ 823 vgl. § 1004), s. Kohler, Recht des Markenschutzes S. 21 u. O. Mayer in Goldschmidt's Zeitschrift für das ges. Handelsrecht Bd. 26 S. 389 ff. Aber auch wenn die zum Schutz der Immaterialrechte im Allgemeinen gegebene Klage die actio negatoria wäre, so würde die Klage gegen die unlautere Reklame doch nicht in gleicher Weise charakterisirt werden dürfen, denn durch die Reklame wird weder eine bestimmte körperliche Sache, noch ein einzelnes Recht, sondern wird der gesammte Gewerbebetrieb, also das Vermögen des Gewerbetreibenden als Ganzes verletzt.

Gegen die Charakterisirung der Klage als Deliktsklage darf man nicht einwenden, daß die Unterlassungsklage eine thatsächlich entstandene Vermögensschädigung nicht voraussetzt, denn ihr Fundament ist die Bedrohung mit einem Schaden, welche das Gesetz als gegeben fingirt, und da demjenigen, welchem ein Schade droht, unter Umständen das Recht zusteht, Sicherheit wegen eines künftig entstehenden Schadens zu fordern (l. 24 § 3, 5, l. 28, 29, 37, 40 D. 39, 2, vergl. § 775 Abs. 3 C.P.O.), da es also der Natur der Deliktsklage nicht widerspricht, daß derjenige, welcher begründete Veranlassung zur Befürchtung eines Schadens gegeben hat, Sicherheit, und zwar auch für die Unterlassung einer künftigen Zuwiderhandlung gleicher Art, leisten muß, so widerspricht es ihr auch nicht, wenn er unmittelbar zur Unterlassung angehalten wird. Außerdem hat die Unterlassungsklage die Funktion, die Redressirung eines Schaden drohenden Zustandes zu fordern, in-

dem dem Kläger nach § 13 Abs. 4 des Gesetzes die Befugniß zugesprochen werden kann, den verfügenden Theil des Urtheils öffentlich bekannt zu machen, eine Befugniß, welche zu dem Zweck gegeben ist, den Eintritt des drohenden Schadens zu verhindern; die Redressirung eines Schaden drohenden Zustandes steht aber hinsichtlich der rechtlichen Natur des Anspruchs mit der Redressirung des schon entstandenen Schadens, der vorzüglichsten Funktion der Schadensklage (§ 79 A. L.R. I, 6, § 249 B.G.B.), auf gleicher Stufe.

Mit der Natur der Deliktsobligation steht auch der Umstand nicht im Widerspruch, daß die Unterlassungsklage ein Verschulden auf Seiten des Thäters nicht voraussetzt. Denn die Verpflichtung aus dem Delikt entsteht auch im Falle der Noxalklage und der Klage auf Stellung der cautio damni infecti schon nach gemeinem Recht und im Fall des § 829 auch nach dem B. G.B. ohne ein nachweisbares Verschulden.

Der Anspruch des § 1 gründet sich, weil er ein Anspruch zum Schutz des Vermögens ist, auf ein Privatinteresse, welches nach der Abstufung der Wirkung des Delikts in der Bedrohung und in der vollendeten Beschädigung des Vermögens besteht. Die Klage ist daher nicht, wie die römische Popularklage, jedem, der auch nur ein moralisches Interesse hat, sondern ist nur dem Konkurrenten gegeben, und wenn auch gleichzeitig die zur Förderung gewerblicher Interessen dienenden Verbände zur Unterlassungsklage zugelassen sind, so stützt sich deren gesetzliche Berechtigung doch auf das Interesse der einzelnen Gewerbetreibenden, zu dessen Wahrnehmung sie gebildet sind.

Der höhere Grad des Interesses setzt eine Vermögensbeschädigung voraus, der geringere Grad, die Vermögensbedrohung, liegt für jeden Konkurrenten vor, sobald die Reklame gemacht ist. In diesem Fall fingirt das Gesetz das Vorliegen eines Vermögensinteresses. Der Beweis, daß die Reklame den Konkurrenten nicht schädigen kann, ist daher ausgeschlossen; selbst der Beweis, daß der Konkurrent durch die Reklame Vortheil erlange, darf nicht zugelassen werden: Macht z. B. A hinsichtlich des von ihm vertriebenen Kaffeesurrogats bekannt, daß er einen direkt aus Abessynien bezogenen Kaffee ebenso verkaufe, wie der Kaufmann B, so ist B, obgleich er ebenfalls nur Surrogat feilhält, zur Unterlassungsklage berechtigt.

II. Der Unterlassungsanspruch.

Der Unterlassungsanspruch ist ein Vermögensrecht, denn er wird im Civilprozeß zum Schutz des Vermögens geltend gemacht. Da er aber, nur zum Schutz gegen eine drohende Beeinträchtigung dienend, das gesammte Vermögen des Gewerbetreibenden betrifft, so fehlt ihm die rechtliche Selbständigkeit, er kann von dem Gesammtvermögen nicht getrennt werden, sondern ist ein Annexum des Gewerbevermögens. Er kann daher nicht durch Singularsuccession übertragen werden, zumal das Vermögen des Cessionars durch den Erwerb des Anspruchs nicht vermehrt wird (vgl. Windscheid, Pandekten § 335a, § 382 A.L.R. II, 11, §§ 399, 400 B.G.B.); denn wenn dem Gewerbetreibenden A der Unterlassungsanspruch zusteht, so hat der Cessionar B kein Interesse daran, dem Thäter C zu verbieten, daß er den A nicht schädige.

Da der Anspruch ein Annexum des Gewerbebetriebs ist, dessen Zugehörigkeit ihm allein einen Werth verleiht, so kann er nicht mehr verfolgt werden, wenn der Gewerbebetrieb aufgehört hat. Der Kläger, der nach Anstellung der Unterlassungsklage den Betrieb definitiv aufgiebt, hört daher auf, aktiv zur Klage legitimirt zu sein; der Prozeß kann nur noch zur Entscheidung über die Kostenfrage weiter geführt werden. Wird das Gewerbe vor der Zustellung der Berufung bezw. der Revision endgültig aufgegeben, so ist ein weiteres Rechtsmittel nicht mehr zulässig (§ 94 C.P.O., Reichsgerichts-Entsch. Bd. 18, 418 ff. und 20, 430 ff.). Dagegen ist es auf die Prozeßlegitimation ohne Einfluß, wenn der Betrieb nur vorübergehend, z. B. um die Wirkung der Reklame vorübergehen zu lassen, oder wegen Verkehrsstockungen eingestellt ist, denn in einem Fall dieser Art besteht das Gewerbe, das nur zeitweise nicht betrieben wird, noch fort.

Wegen seiner untrennbaren Verbindung mit dem Gewerbebetrieb kann der Unterlassungsanspruch auf denjenigen übergehen, der das Gewerbe durch Singular- oder Universalsuccession erworben hat. Dieser Uebergang, welcher in Ermanglung entgegenstehender Abrede auch ohne ausdrückliche Uebertragung erfolgt (vgl. Art. 22 H.G.B.), berechtigt den neuen Erwerber zur Unterlassungsklage, auch wenn die Reklame verübt ist, bevor er das Gewerbe zu betreiben angefangen hat. Deshalb tritt er auch in den von seinem Rechtsvorgänger angestellten Prozeß als Kläger ein. Der Gewerbetreibende kann sich zwar durch

die Veräußerung seines Geschäfts seiner Verpflichtungen gegen den Beklagten nicht entziehen und bleibt daher für die Kosten des von ihm begonnenen Rechtsstreits verantwortlich, aber diese Erwägung hindert den Eintritt des Successors in den Prozeß nicht. Dieser und der ursprüngliche Kläger bilden vielmehr nunmehr die Partei des Klägers, der ursprüngliche Kläger aber nur hinsichtlich der Prozeßkosten und insoweit, als er seinem Rechtsnachfolger regreßpflichtig ist. (Der § 236 C.P.O. kommt hierbei nicht zur Anwendung, weil das Gewerbe, mit welchem der Unterlassungsanspruch verbunden ist, nicht die im Streit befangene Sache ist, von welcher der § 236 handelt.) In gleicher Weise treten im Fall der Universalsuccession der Gesammtrechtsnachfolger hinsichtlich der Prozeßkosten und der Singularsuccessor (z. B. der Legatar) in materieller Beziehung in den Prozeß ein. Ist der Unterlassungsanspruch bei der Uebertragung des Geschäfts vorbehalten, so geht er verloren, der Vorbehalt hat daher einerseits die Folge, daß der Geschäftsnachfolger die Klage nicht anstellen und in den schon erhobenen Rechtsstreit nicht eintreten, der Rechtsvorgänger aber den angestellten Prozeß nur noch wegen der Kosten fortsetzen kann.

Da der Unterlassungsanspruch kein selbständiges, übertragbares Vermögensrecht ist, unterliegt er der Zwangsvollstreckung nicht. Deshalb kann er, losgetrennt von dem Gewerbe, nach § 1 Abs. 1 der Konkursordnung auch nicht zur Konkursmasse gehören. Setzt der Konkursverwalter jedoch das Gewerbe fort, und dies kann er, da der Kridar Eigenthümer der Konkursmasse bleibt, nur als gesetzlicher Vertreter des Gemeinschuldners thun, so tritt er in vollem Umfange in den Prozeß ein, wie er dann auch wegen der vor oder nach der Eröffnung des Verfahrens gemachten Reklame die Unterlassungsklage erheben kann. Führt er das Geschäft nicht fort, so kommt der § 8 der Konkursordnung zur Anwendung, doch kann der Kridar den Prozeß für sich nur fortsetzen, wenn das Geschäft von ihm oder dem Verwalter fortgeführt wird, da ihm sonst die Aktivlegitimation fehlt. —

Während die Schadensklage auf Seiten des Beklagten mindestens ein Verschulden voraussetzt, ist die Unterlassungsklage zulässig, auch wenn der Beklagte ohne jedes Verschulden gehandelt hat. Denn grade weil in dem, die Schadensklage behandelnden, zweiten Absatz des § 1 besonders hervorgehoben ist, daß der Beklagte zum Schadensersatz nur verpflichtet ist, wenn er die Unrichtigkeit der Reklame kannte oder

kennen mußte, im ersten Absatz, der die Unterlassungsklage behandelt, hiervon aber nicht die Rede ist, muß der in den Motiven ausgesprochene Gedanke, daß die Unterlassungsklage keine vertretbare Schuld des Beklagten bedinge, als in dem Gesetz zum Ausdruck gekommen angesehen werden.

Aus dem Satz, daß eine vertretbare Schuld des Beklagten nicht Voraussetzung des Anspruchs ist, folgt jedoch nicht, daß für die That ein bewußtes Handeln nicht erforderlich wäre. Der Mangel des Verschuldens kommt lediglich für die Frage in Betracht, ob die Angabe richtig ist oder nicht. Im Uebrigen setzt die Verantwortlichkeit voraus, daß der Thäter bewußter Weise oder aus Fahrlässigkeit gehandelt hat. Der Thäter muß den Inhalt der Reklame gekannt haben oder es muß ihm wegen der Unkenntniß ihres Inhalts ein Verschulden zur Last fallen. Daher haftet der Bote, der die Briefe umherträgt, welche die Reklame enthalten, im Allgemeinen nicht, auch wenn die Briefe nicht verschlossen sind, er haftet nur, wenn er den Inhalt kannte; daß er ihn kennen mußte, wird ihm in den seltensten Fällen zur Last fallen, weil er an sich nicht einmal berechtigt ist, die Briefe seines Prinzipals zu lesen. Auch die Post, welche die Reklameschreiben befördert, kann in der Regel auf Unterlassung nicht in Anspruch genommen werden, auch wenn die Reklame durch Postkarten verbreitet ist, da der expedirende Beamte diese Karten nicht zu lesen braucht, wohl aber haftet sie, wenn dieser Beamte, der die Behörde vertritt (Reichsgerichts-Entsch. Bd. 30, 244), die Kenntniß von dem Inhalt der Reklame amtlich erlangt hat.

Die Voraussetzungen der Klage erweitern sich noch, wenn die Reklame durch bildliche Darstellung oder eine sonstige Veranstaltung verübt ist. Denn in diesem Falle muß der Thäter nicht blos von dem Inhalt, sondern auch von der Bedeutung der Darstellung Kenntniß haben. Hat er diese Kenntniß nicht, so genügt es nicht, daß er die Bedeutung aus Fahrlässigkeit verkannte. Denn diese Form der Reklame steht nach Abs. 4 des § 1 der schriftlichen oder mündlichen nur dann gleich, wenn sie darauf *berechnet* ist, die schriftliche oder mündliche Angabe zu ersetzen, diese „Berechnung“ setzt aber ein Wissen voraus, sie kann nicht vorhanden sein, wenn der Thäter nicht das volle Bewußtsein der Bedeutung der Darstellung als einer Reklame hat. Dagegen braucht er nur die Kenntniß von dieser Bedeutung zu haben,

nicht aber von der Unrichtigkeit dessen, was zum Ausdruck gebracht werden soll.

Die Verantwortlichkeit auf Unterlassung trifft unter den angegebenen Voraussetzungen auch den Redakteur, Verleger, Drucker und Verbreiter periodischer Druckschriften. Denn, während diese Personen nach Abs. 2 für den Schaden nur dann haften, wenn sie die Unrichtigkeit der Reklame kannten, hat ihnen der Absatz 1 ein gleiches Privilegium der Unterlassungsklage gegenüber nicht gegeben. Sie sind daher, ohne Rücksicht darauf, ob sie die Unrichtigkeit der Reklame kannten oder nicht, als Gehülfen verantwortlich, wenn sie den Inhalt der Kundgebung kannten oder ihn, sofern es sich nicht um bildliche Darstellungen handelt, kennen mußten.

Nach § 20 Abs. 2 des Preßgesetzes vom 7. Mai 1874 ist der verantwortliche Redakteur einer periodischen Druckschrift als Thäter zu bestrafen, wenn nicht durch besondere Umstände seine Thäterschaft ausgeschlossen ist; nach § 21 sind der verantwortliche Redakteur, der Verleger, der Drucker und derjenige, welcher die Druckschrift gewerbsmäßig vertrieben oder sonst öffentlich verbreitet hat, unter den in diesem § angegebenen Voraussetzungen wegen Fahrlässigkeit zu bestrafen. Auf diese Vorschriften kann sich der Kläger auch für den Unterlassungsanspruch berufen, um des Beweises der Kenntniß dieser Personen von dem Inhalt der Reklame bezw. der schuldvollen Nichtkenntniß überhoben zu sein. Sie können aber nur dann zur Anwendung kommen, wenn der Inhalt der Druckschrift eine strafbare Handlung bildet, also nur in denjenigen Fällen der Reklame, welche nach § 4 strafbar sind. In diesen Fällen kommen sie aber auch für das Civilrecht zur Anwendung, weil derjenige, den das Gesetz als Missethäter fingirt, die That nach jeder Richtung zu vertreten hat.

Die **Wirkung** der Unterlassungsklage besteht in der Verpflichtung, die unrichtigen Angaben zu unterlassen. Der Beklagte darf daher, wenn er zur Unterlassung verurtheilt ist, die Angaben nicht wiederholen, er darf aber auch die Handlungen nicht bestehen lassen, durch welche der Reklame fortdauernde Wirkung gegeben wird. Er darf daher die Plakate nicht an den Anschlagsäulen, den Straßenecken, an seinem Laden bestehen, die Reklamezettel nicht im Schaufenster liegen lassen. Versäumt er die Entfernung oder Beseitigung, so unterläßt er die ihm verbotene unrichtige Reklame nicht. Die Zwangsvollstreckung

wird auf Grund des § 775 C.P.O durch Androhung bezw. Festsetzung von Geldstrafen bis 1500 Mk. oder von Haft bis 6 Monaten für jeden Fall der Zuwiderhandlung ausgeführt. Da er durch die Versäumung, die Reklamezettel zu beseitigen, der Verpflichtung, die Reklame zu unterlassen, zuwiderhandelt, so kann zur Ausführung der Beseitigung der Reklamezettel nicht der § 774 C.P.O. zur Anwendung kommen, welcher die Verpflichtung zur Vornahme einer Handlung betrifft, sondern lediglich der § 775 und zwar auch dann, wenn die Verurtheilung gleichzeitig auf Beseitigung der Zettel gerichtet war, denn diese Verurtheilung verhält sich doch immer nur über eine Unterlassungspflicht.

Der Verurtheilte handelt nicht blos durch Wiederholung derselben Reklame, sondern auch durch eine solche Kundgebung dem Erkenntniß zuwider, welche mit andern Worten denselben oder einen gleichen Inhalt derjenigen Reklame zum Ausdruck bringt, wegen welcher die Verurtheilung erfolgt ist.

Der Beklagte kann auch auf Antrag des Klägers zur Bestellung einer Sicherheit für den durch fernere Zuwiderhandlung entstehenden Schaden auf bestimmte Zeit verurtheilt werden (§ 775 Abs. 3 C.P.O.).

Die Vernichtung der Reklamemittel, z. B. der Zeitungsinserate, wie sie im Fall der strafrechtlichen Verurtheilung durch § 41 St.G.B. geboten ist, kann mit der Unterlassungsklage nicht verlangt werden. Dagegen kann dem Kläger, der die Klage auf Unterlassung erhoben hat, nach § 13 Abs. 4 die Befugniß zugesprochen werden, den verfügenden Theil des Urtheils auf Kosten des Beklagten bekannt zu machen. Dieses Publikationsrecht dient zur Redressirung des vom Beklagten verübten Delikts, die Publikation soll, wie in den Motiven gesagt ist, „dazu beitragen, das durch trügerische Vorspiegelung irregeleitete Publikum aufzuklären und es zu bestimmen, sein Vertrauen dem soliden Geschäftsbetrieb zuzuwenden". Dies durch das Urtheil erworbene Publikationsrecht ist ein Theil des Rechts auf Unterlassung und gehört daher, wie dieses, als ein Annexum zum Gewerbevermögen. Deshalb erlischt es, wenn das Gewerbe vor der Ausführung der Publikation definitiv aufgegeben ist, deshalb geht es auf den Erwerber des Geschäfts über.

Die Ausführung der Veröffentlichung liegt in der Hand des Berechtigten, ohne dessen Antrag es ihm nicht zugesprochen werden kann. Der Berechtigte bedarf zur Ausführung der Veröffentlichung weder der

Hülfe des Gerichtsvollziehers, noch der des Vollstreckungsgerichts. Die Ausführung ist aber ein Akt der Zwangsvollstreckung: über Einwendungen, welche die Art und Weise der Ausführung betreffen, entscheidet daher das Vollstreckungsgericht — § 685 Abs. 1 C.P.O. —, die Einwendungen dagegen, welche den Anspruch selbst betreffen, insbesondere die Einwendung, daß das Gewerbe des Klägers definitiv aufgegeben sei, sind im Wege der Klage — § 686 C.P.O. — geltend zu machen, doch wird die Klage nicht auf ein absolutes Verbot der Veröffentlichung gerichtet werden können, da dem Kläger die Veröffentlichung auch dann zusteht, wenn nicht darauf erkannt ist, vielmehr kann der Beklagte nur die Feststellung verlangen, daß das Recht des Klägers zur Veröffentlichung auf Grund des Urtheils nicht mehr bestehe (s. darüber unten).

Die Kosten der Veröffentlichung treibt der Berechtigte im Kostenfestsetzungsverfahren ein, da für die Anwendung des § 697 Abs. 1 C.P.O. für diesen Fall kein Raum geboten wird.

Nach § 13 Abs. 5 ist die Art der Bekanntmachung im Urtheil zu bestimmen, das Prozeßgericht hat daher über den Beginn und die Länge der Frist, sowie über die Fragen Bestimmung zu treffen, wo, in welcher Weise und wie oft die Veröffentlichung stattfinden dürfe. Die Veröffentlichung kann durch bestimmt bezeichnete Zeitungen, durch Aushang an der Gerichtstafel, durch Aushang im Ortskasten, durch Anschlag an den Anschlagssäulen, durch Ausruf 2c. erfolgen. Ist über den Beginn der Frist nichts bestimmt, so beginnt dieselbe mit dem Tage der Rechtskraft des Urtheils; wenn dieses jedoch für vorläufig vollstreckbar erklärt ist, mit dem Tage, an welchem die Zwangsvollstreckung zulässig ist, also nicht vor der Zustellung des Urtheils (§ 671 C.P.O.).

Der Kläger ist auch, ohne daß ihm die Befugniß im Urtheil zugesprochen ist, zur Publikation des Urtheils berechtigt (vergl. Kohler, Das Recht des Markenschutzes S. 404). Aber er kann dies nur auf eigne Kosten thun und, sofern der Beklagte oder ein Dritter durch die Veröffentlichung beleidigt wird, setzt sich der Kläger der Gefahr der Verurtheilung aus, wenn aus der Form der Veröffentlichung oder den begleitenden Umständen sich das Vorhandensein einer Beleidigung ergiebt (§§ 192, 193 St.G.B.). Das Recht zur Publikation, auf welches im Urtheil nicht erkannt ist, ist lediglich ein Ausfluß der Befugniß der

freien Meinungsäußerung, während das durch Urtheil zugesprochene Recht ein der Gegenpartei gegenüber erworbenes privatives Recht ist.

Auch dem Beklagten, gegen welchen die Unterlassungsklage angestellt ist, kann das Publikationsrecht zugesprochen werden, wenn die Klage zurückgewiesen ist, damit die Unbill redressirt wird, welche ihm durch den unerwiesenen Angriff zugefügt ist. Diese Befugniß, von welcher jedoch nur Gebrauch gemacht werden wird, wenn mit Gewißheit oder Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, daß dem Beklagten mit Unrecht erhebliche Thatsachen zur Last gelegt sind, ist dem Gericht auch in dem Fall gegeben, wenn die Abweisung wegen Zurücknahme der Klage erfolgt, obgleich der § 243 Abs. 3 C.P.O. den Inhalt des Urtheils bestimmt fixirt hat. Denn der § 243 wird durch die Bestimmung des späteren Gesetzes beeinflußt. Der Beklagte führt das ihm zuerkannte Publikationsrecht in gleicher Weise aus, wie dies oben vom Kläger gesagt ist. Da der Beklagte aber nicht als Gewerbetreibender, sondern, ohne daß er überhaupt ein Gewerbe zu betreiben braucht, nur deshalb passiv legitimirt ist, weil er die angeblich unerlaubte Handlung begangen haben soll, so hat der Verlust des etwa von ihm betriebenen Gewerbes auf seine Legitimation keinen Einfluß. Stirbt er im Lauf des Rechtsstreits oder nach Erledigung desselben vor der Veröffentlichung, so kann im erstern Fall seinem Universalrechtsnachfolger, der in den Prozeß eintritt, das Recht zuerkannt, und kann im letztern Fall sein Universalrechtsnachfolger die Publikation zur Ausführung bringen, vergl. das Urtheil des Reichsgerichts vom 17. Mai 1887 in den Entsch. in Strafs. Bd. 16 S. 73, nach welchem selbst im Strafprozeß die Veröffentlichung dann auszuführen ist, wenn der Verletzte vor dem Tode den Antrag auf Zuerkennung dieses Rechts gestellt hat, — im Civilprozeß muß der Antrag gestellt werden, wenn auf Veröffentlichung erkannt werden soll. —

III. Der Schadensanspruch.

Das Recht auf Schadensersatz ist ein reines Vermögensrecht, welches sich von andern Vermögensrechten nicht unterscheidet. Es unterliegt daher der Zwangsvollstreckung und gehört nach § 1 Abs. 1 K.O. zur Konkursmasse. Unerheblich ist es deshalb auch, ob der Geschädigte zur Zeit der Klage das Gewerbe fortsetzt, in Beziehung auf welches er verletzt ist; für den schon entstandenen Schaden ist die Aufhebung

des Geschäfts, die vielleicht gerade die Folge der falschen Reklame ist, kein Beendigungsgrund.

Wegen seiner selbständigen vermögensrechtlichen Natur kann der Ersatzanspruch auch ohne das Gewerbe auf einen andern übertragen werden und geht auch auf den Universalsuccessor über. Zwar haben nach Abs. 2 nur die Gewerbetreibenden den Ersatzanspruch, damit ist aber nur gesagt, daß ein solcher Anspruch nur einem Gewerbetreibenden entstehen kann; ist er entstanden, so ist er ein selbständiger Vermögensanspruch. Daß nur ein Gewerbetreibender diesen Anspruch geltend machen könne, wie dies im ersten Absatz von dem Unterlassungsanspruch bestimmt ist, ist nicht vorgeschrieben.

Da der Ersatzanspruch nicht aus dem Handelsgeschäft oder aus dem Gewerbebetrieb, sondern wegen Beschädigung dieses Betriebes entstanden ist — denn nicht ein Rechtsgeschäft des gewerblichen Verkehrs, sondern die Verletzung des ganzen Vermögens ist seine Grundlage —, so ist er nicht eine Handelsforderung, sondern eine Privatforderung des Gewerbetreibenden. Der Anspruch geht daher nur auf denjenigen über, dem er cedirt ist oder der das ganze Vermögen des Geschädigten erwirbt, bleibt aber, wenn nur ein Theil dieses Vermögens übertragen wird, bei demjenigen, welcher das Vermögen in seiner Gesammtheit behält. Deshalb geht er bei einer Veräußerung des Geschäfts — Art. 22 H. G.B. —, auch wenn die Veräußerung mit Aktivis und Passivis erfolgt, auf den neuen Erwerber nicht über, sofern nicht im konkreten Falle ein entgegenstehender Wille der Kontrahenten festzustellen ist. Es macht dabei keinen Unterschied, ob bei der Veräußerung die Klage schon angestellt war oder nicht, ebensowenig ob der Anspruch in die Geschäftsbücher eingetragen ist oder nicht (Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 8, 383 und 385). —

Die Ersatzklage setzt nicht nur, wie die Untersuchungsklage voraus, daß der Beklagte den Inhalt, sondern auch daß er die Unrichtigkeit der Reklame kannte oder kennen mußte. Einen Grad der Verschuldung bestimmt das Gesetz nicht, es ist daher jeder Grad der culpa genügend. Eine Fahrlässigkeit fällt demjenigen zur Last, welcher bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt und Aufmerksamkeit die Unrichtigkeit hätte erkennen müssen. So trifft den Kaufmann ein Verschulden, welcher ohne nähere Untersuchung, aus Höflichkeit oder persönlichen Rücksichten die Behauptungen seines Verkäufers über die Bezugsquelle, die Her=

stellungsart ꝛc. in der Anpreisung einfach nachspricht, denn er hat überhaupt keine Sorgfalt angewendet. Ein Verschulden trifft auch denjenigen, welcher wegen seiner Unkenntniß die Unrichtigkeit nicht erkennen konnte: denn der Kaufmann, der z. B. halbseidene Stoffe als ganzseidene anpreist, weil ihm die erforderliche Waarenkunde nicht beiwohnt, hat eine unerlaubte Handlung begangen, obgleich er sich seiner Unkenntniß bewußt sein und daher voraussehen mußte, daß sich eine Angabe über eine Waare, die er nicht zu beurtheilen vermag, sich als unrichtig erweisen kann (vgl. Entsch. des Obertr. in Straff. Bd. 16 S. 705, Oppenhoff, Kommentar Anm. 26 § 59 St.G.B.). Der Angestellte, welcher sich an der Reklame betheiligt, wird sich in der Regel auf die Autorität seines Prinzipals berufen können, wenn er an dessen Reellität zu zweifeln bisher keinen Grund hatte, sofern ihn nicht die Art und Weise der z. B. an offenbaren Uebertreibungen leidenden Kundgebung zu besonderer Vorsicht hätte veranlassen müssen. Der Dritte, der an der Reklame oder ihrer Verbreitung als Mitthäter oder Gehülfe mitwirkt, kann über ihre Richtigkeit nicht solche Untersuchungen anstellen, wie der Gewerbetreibende, selbst. Aber er muß, wenn die Art der Kundgebung jedem vernünftigen Menschen auffallen muß, seine Mitwirkung versagen, sofern ihm für die Richtigkeit nicht ausreichende Garantien gegeben werden. Bloße Behauptungen des Gewerbetreibenden werden in dieser Beziehung in der Regel nicht genügen; über die in mäßiger Form gehaltene Reklame eines als reell bekannten Geschäftsmannes wird man von ihm zwar eine weitere Nachfrage nicht erfordern dürfen, wogegen die Reklame eines bisher unbekannten Gewerbetreibenden mindestens eine Erkundigung verlangt, wenn man von Anwendung der erforderlichen Sorgfalt sprechen soll.

Weil die Anwendung dieser Sorgfalt für den Dritten besondere Schwierigkeiten bietet, sind nach der ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes der Redakteur, der Verleger, der Drucker und Verbreiter der periodischen Druckschriften für den Schaden nur dann verantwortlich, wenn sie die Unrichtigkeit der Angabe kannten. Diese vom Reichstage zu Gunsten der Presse getroffene Ausnahme bezieht sich aber nur auf die periodischen Druckschriften, d. h. nach § 7 des Preßgesetzes auf „Zeitungen und Zeitschriften, welche in monatlichen oder kürzeren Fristen erscheinen“, also nicht auch auf Schriften, die in längeren Zeiträumen herausgegeben werden (Jahres-, Vierteljahrsschriften), noch

auf Einzelschriften. Als letztere kommen hier besonders die Geschäftszirkulare in Betracht, deren Drucker sich auf das der Presse gegebene Privilegium nicht berufen kann.

Der Ersatzanspruch setzt den ursächlichen Zusammenhang der Reklame mit der Entstehung des Schadens voraus. Der Kausalnexus braucht aber nur ein objektiver zu sein; es ist nicht erforderlich, daß der Beklagte den Schaden gewollt hat, oder daß er die Entstehung desselben hätte voraussehen können und müssen, wenn er nur die Unrichtigkeit der Reklame kannte oder hätte kennen müssen. —

Zu ersetzen ist außer dem positiven Schaden auch der entgangene Gewinn (Art. 283 H.G.B., § 7 A.L.R. I, 11, § 252 B.G.B.), dessen Vereitlung im gewerblichen Leben mit dem effektiven Schaden auf gleicher Stufe steht, da der Gewinn den Erwerb darstellt, ohne welchen ein Gewerbe vernünftiger Weise nicht betrieben werden kann.

Der Schade kann in dem Verlust von Kunden, in der Abnahme des Betriebes überhaupt, er kann in der Rückgängigmachung schon geschlossener Geschäfte, er kann darin, daß der Kläger den Preis seiner Waaren herabsetzen muß, er kann auch darin bestehen, daß er die beabsichtigte Vergrößerung seines Geschäfts mit dem davon zu erwartenden Gewinn unterlassen muß, sofern ein solcher Gewinn, „nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte". (§ 252 B.G.B., Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 9, 138, Bd. 11, 17.) Der Schade besteht ferner in den „Kosten, welche durch die Nachforschung, Ueberwachung, durch die Entdeckungsmaßregeln entstehen, in den Kosten der Maßnahmen, die getroffen sind, um der schädigenden Handlung entgegenzuwirken, z. B. um das Publikum zu warnen", Kohler a. a. O. S. 363. Denn der Beklagte ist vor allem verpflichtet, den Schaden rückgängig zu machen, den Kläger also in einen Zustand zu versetzen, in welchem sich derselbe befunden haben würde, wenn die schädigende Handlung unterblieben wäre (§ 79 A.L.R. I, 6, § 249 B.G.B.). Er ist daher auch verpflichtet, dem Kläger die Kosten zu ersetzen, die derselbe selbst zur Redressirung der unerlaubten That aufgewendet hat.

Auch die durch das Dazwischentreten eines ungewöhnlichen Ereignisses entstandene Erhöhung des Schadens ist zu ersetzen, (Reichsgerichts-Entsch. Bd. 13, 66, Mommsen, Die Lehre vom Interesse

§§ 15, 16, Gareis u. Fuchsberger, Kommentar Anm. 87 zu Art. 283 H. G.B.) Jedoch ist derjenige Schaden bezw. derjenige Theil des Schadens nicht in Anrechnung zu bringen, welcher durch gehörige Sorgfalt des Beschädigten hätte vermieden werden können (l. 203 D. 50, 16, §§ 19 ff. A. L.R. I, 6, Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 2, 387, Bd. 13, 207, Bd. 27, 374, Gareis u. Fuchsberger a. a. O., Mommsen S. 157 ff., vgl. jedoch § 254 B. G.B.), sofern der Beklagte nach Preuß. Recht nicht dolos gehandelt, sofern er also die Unrichtigkeit der Kundgebung nicht gewußt hat (§ 18 A. L.R. I, 6). Als eine schuldbare Versäumniß ist es aber nicht anzusehen, wenn der Verletzte mit der Klage zögert, da der Beklagte sich nicht darauf berufen kann, daß der Kläger ihn nicht früher an der Verübung der unerlaubten Handlung gehindert hat; in dieser Beziehung setzt lediglich die kurze Verjährung des § 11 der Geltendmachung des Ersatzanspruchs die erforderlichen Schranken (a. M. Kohler a. a. O. S. 364).

Mit der Ersatzklage kann nur der wirkliche Schade und das lucrum cessans, nicht aber die Bereicherung des Beklagten geltend gemacht werden. Soll der Verletzte durch den Schadensersatz in den Zustand zurückversetzt werden, in welchem er sich ohne die ungesetzliche Handlung befunden hätte, so geschieht dies vollständig durch den Ersatz des positiven Schadens und des entgangenen Gewinns, während die Herausgabe der Bereicherung ihm einen Gewinn zuführen kann, den er auch ohne die schädigende Handlung nicht erlangt haben würde. Einen solchen Anspruch hat der Verletzte auch nach allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen nicht, § 7 A. L.R. I, 11, Art. 283 H.G.B., §§ 249, 252 B. G.B. Mag der Thäter nach Ersatz des Schadens immerhin noch einen Ueberschuß behalten, den er z. B. durch den großen Umfang seines Geschäfts erworben hat, mag dieser Gewinn auch ein unlauterer sein, der Verletzte hat kein Recht auf diesen Gewinn, da er durch den Ersatz des Schadens vollständig befriedigt ist. Diesen Gewinn kann dem Thäter nur der Fiskus entreißen, wenn unter den Voraussetzungen des § 4 ein Strafverfahren eingeleitet ist, in welchem die Höhe der Bereicherung bei der Bemessung der Strafe berücksichtigt werden kann (a. M. Kohler a. a. O. S. 360 ff.).

Die Vernichtung der Reklamemittel kann der Ersatzkläger ebensowenig verlangen, wie derjenige, welcher die Verurtheilung des Beklagten zur Unterlassung beantragt hat. Da aber, wie schon erwähnt,

der Schadensersatz auch in der Redressirung des ungesetzlichen Zustandes besteht, muß dem Ersatzkläger, welchem, wenn er nicht gleichzeitig auf Unterlassung geklagt hat, die Befugniß zur Veröffentlichung des Urtheilstenors nicht zugesprochen werden kann, das Recht gegeben werden, zu verlangen, daß der Beklagte die Reklame in der Weise zurücknimmt, daß ihre schädigende Wirkung aufhört. —

IV. Die Reklame.

1. Der Inhalt der Reklame.

Die Schadens-, wie die Unterlassungsklage ist gegen die unwahre Reklame zugelassen, welche über geschäftliche Verhältnisse gemacht wird. Im Regierungsentwurf war die Rechtsverfolgung beschränkter, es fehlten die Worte „über geschäftliche Verhältnisse insbesondere", die Civilklage sollte nur gegen diejenigen Arten der Reklame stattfinden, welche das Gesetz jetzt im § 1 nur als Beispiele aufführt, und auf welche sich die Strafandrohung des § 4 beschränkt. Diese hauptsächlichsten Arten der Reklame, welche der § 1 nur als Beispiele aufführt, sind

a) die Angaben über die Beschaffenheit von Waaren oder gewerblichen Leistungen, also namentlich über ihre Bestandtheile, Zusammensetzung und Eigenschaften (z. B. ob Halb- oder Ganzseide, ob echt oder unecht, ob und wozu brauchbar); Waaren sind die körperlichen, Leistungen die unkörperlichen Gegenstände des gewerblichen Verkehrs.

b) Die Angaben über die Herstellung der Waaren oder Leistungen, z. B. ob eine Waare ein Natur- oder Kunstprodukt, ob sie durch Hand- oder Fabrikarbeit hergestellt ist (Motive),

c) die Angaben über die Preisbemessung, „wenn Waaren unrichtiger Weise als unter dem Einkaufspreis ausgeboten, oder wenn z. B. in den Auslagen der Schaufenster billigere Preise zur Ankündigung gelangen, als bei dem Kauf thatsächlich in Rechnung gestellt werden" (Motive). Dagegen ist es zwar eine unlautere, aber keine unwahre Angabe, wenn der Preis für einzelne Waaren, sogen. Fangartikel, besonders billig gestellt wird, um im Allgemeinen Käufer anzulocken (Hauß, Kommentar Anm. 72 § 1 des Ges.), unwahr ist eine Angabe dieser Art jedoch, wenn die besonders niedrige Preisbemessung einzelner Waaren in einer Weise mitgetheilt wird, daß daraus

auf ganz besonders niedrige Preise der übrigen Artikel zu schließen ist, wenn die Waaren, für die besonders niedrige Preise angesetzt sind, unwahrer Weise z. B. nur als Beispiele oder derart angeboten werden, daß der Anschein erweckt wird, es seien nur Beispiele.

d) Die Angaben über die Art des Bezugs, z. B. „daß die Waaren direkt ohne Zwischenhändler, in Eis verpackt, in der Originalverpackung des Erzeugungsortes, durch Karawane (Thee)" (Motive), daß sie zu Schiff bezogen, daß sie durch Schmuggel erlangt seien (in den Motiven ist der Bezug durch Schmuggel als Angabe über den Anlaß oder Zweck des Angebots aufgeführt).

e) Die Angaben über die Bezugsquelle, z. B. „daß Waaren aus einem Konkurse, aus einem Nachlasse herrühren" (Motive), daß sie von bestimmt bezeichneten Personen produzirt seien. Zu den Angaben dieser Art gehören auch die Mittheilungen geographischen Charakters. Die Motive wollen freilich die geographischen Bezeichnungen hier ausschließen, weil in dieser Beziehung der § 16 des Gesetzes vom 12. Mai 1894 zum Schutz der Waarenbezeichnungen allein in Betracht komme. Sie sagen: „Die fälschliche Verwendung von Ortsnamen in geschäftlichen Ankündigungen ist bereits durch § 16 des Waarenbezeichnungsgesetzes in einem, dem Bedürfniß des redlichen Verkehrs genügenden, Umfang eingeschränkt worden, und bei dem gegenwärtigen Anlaß kann es sich nur noch darum handeln, Täuschungen entgegen zu wirken, wie solche auf anderweitige falsche Hinweise auf die Herkunft von Waaren . . . häufig versucht werden." Der § 16 des Gesetzes vom 12. Mai 1894 lautet:

„Wer Waaren oder deren Verpackung oder Umhüllung oder Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefe, Empfehlungen, Rechnungen oder dergleichen fälschlich mit einem Staatswappen oder mit dem Namen oder Wappen eines Orts, einer Gemeinde oder weiteren Kommunalverbandes zu dem Zweck versieht, über Beschaffenheit und Werth der Waaren einen Irrthum zu erregen oder wer zu dem gleichen Zweck derartig bezeichnete Waaren in Verkehr bringt oder feilhält, wird mit Geldstrafe von einhundertfünfzig bis fünftausend Mark oder mit Gefängniß bis zu sechs Monaten bestraft.

Die Verwendung von Namen, welche nach Handelsgebrauch zur Benennung gewisser Waaren dienen, ohne deren

Herkunft bezeichnen zu sollen, fällt unter diese Bestimmung nicht".

Die Bestimmungen der beiden Gesetze unterscheiden sich in erheblichen Beziehungen: Nach dem Gesetz vom 12. Mai 1894 ist nur die schriftliche Bezeichnung mit dem Namen eines falschen Orts verboten, ist die unrichtige Verwendung von Ländernamen nicht untersagt (Motive zu § 16 des Gesetzes vom 12. Mai), ist die Verjährung des Civilanspruchs ebenso wenig wie die der Strafverfolgung verkürzt, ist die Privatklage im Strafverfahren nicht zugelassen und die Strafe eine andere, wie die des vorliegenden Gesetzes. Daß die unrichtige Ortsbezeichnung den Civilanspruch des § 1 begründet, wird auch von Bachem und Rören, Kommentar Anm. 3 zu § 1 angenommen, im Uebrigen sind aber sowohl diese Kommentatoren, wie auch Hauß a. a. O. der Ansicht der Motive. Diese Ansicht hat aber im Gesetz keinen Ausdruck gefunden und steht demselben sogar entgegen, da das Gesetz die unrichtigen Angaben über die Bezugsquellen ausdrücklich zu seinem Gegenstand macht und unter diesen Angaben auch die Mittheilungen über den Herkunftsort verstanden werden müssen. Mit der Annahme der Motive können auch die übrigen gesetzgebenden Faktoren nicht als einverstanden angesehen werden, denn indem dem § 1 der mit dem Abs. 2 des § 16 des Gesetzes vom 12. Mai 1894 gleichlautende Abs. 3 „die Verwendung von Namen, welche nach dem Handelsgebrauch zur Benennung gewisser Waaren dienen, ohne deren Herkunft bezeichnen zu sollen, fällt unter die vorstehenden Bestimmungen nicht", trotz des Widerspruchs des Regierungsvertreters hinzugefügt ist, indem also die unrichtige geographische Bezeichnung in dem Fall für erlaubt erklärt ist, daß diese Bezeichnung im Verkehr den Herkunftsort nicht zu bezeichnen pflegt, ist die Absicht zum Ausdruck gebracht, daß in allen übrigen Fällen, in denen diese Voraussetzung nicht zutrifft, die unrichtige geographische Bezeichnung unter das Gesetz fallen soll. Hieraus ergiebt sich, daß soweit der Thatbestand des § 1 vorliegt, der § 16 des Gesetzes vom 12. Mai 1894 keine Wirksamkeit hat, und daß auch die unrichtige Bezeichnung des Herkunftslandes die Klage des § 1 begründet, sofern nicht ein Fall des Abs. 3 vorliegt.

f) Die Angaben über den Besitz von Auszeichnungen. Unerlaubt ist die unberechtigte Behauptung des „Besitzes" von Medaillen, Diplomen, Anerkennungen, welche von gewerblichen oder staatlichen

Ausstellungen, von Vereinen oder anderen Körperschaften erlangt sind, sowie die unberechtigte Anmaßung eines Titels, durch welchen eine gewerbliche Auszeichnung kenntlich gemacht wird, wie des Titels eines Hoflieferanten, eines Kommerzienraths, sowie die Anmaßung von Orden und Ehrenzeichen.

Die unrichtige Angabe einer gewerblichen Auszeichnung ist es auch, wenn der Käufer einer Waare die Auszeichnung, welche der Produzent für dieselbe erhalten hat, im Verkehr benutzt, Dreyer in Goldschmidt's Zeitschr. f. d. Handelsrecht Bd. 20 S. 260, 261.

g) Die Angabe über den Anlaß oder Zweck des Verkaufs, z. B. die Angebote „wegen Aufgabe des Geschäfts", „wegen Abbruchs des Hauses", „fortzugshalber", „wegen Beschädigung durch Wasser oder Feuer" (Motive).

Außer diesen Beispielen werden vom Gesetz überhaupt alle Angaben über geschäftliche Verhältnisse getroffen, d. h. alle Kundgebungen, die sich auf ein Gewerbe beziehen. Hierher gehören daher diejenigen Angaben, welche der Regierungsentwurf absichtlich von der Rechtsverfolgung auszuschließen versuchte: „die Angaben über die Menge der vorhandenen Vorräthe, über das Alter, die Ausdehnung, den Sitz des Geschäfts, über den Besitz von Zweigniederlassungen". Weiter gehören die Aeußerungen hierher, „die zu dem Geschäft, zu der Art, der Einrichtung des Betriebs, zu den Modalitäten des Absatzes, zu den verfügbaren Mitteln, zu den aufgewendeten Kosten, zur geschäftlichen Qualifikation und zu derjenigen der Angestellten in Beziehung stehen" (Hauß Anm. 4g § 1), sowie die Aeußerungen über Anerkennungs- und Dankschreiben von Privaten, über Empfehlungen von Fachleuten. Hierher gehört auch die Behauptung, daß der Anpreisende die einzige Fabrik bestimmter Produkte, die einzige Verkaufsstelle bestimmter Waaren besitze (vgl. Reichsgerichts-Entsch. Bd. 3, 166).

Da die Aeußerungen über geschäftliche Verhältnisse nur solche Kundgebungen sind, welche sich auf ein Gewerbe beziehen, so trifft der § 1 die Angaben eines Privatmanns nicht, welche derselbe ohne Beziehung zu einem Gewerbe macht, auch wenn dadurch der Anschein eines besonders günstigen Angebots unwahrer Weise erweckt wird, daher z. B. nicht das Angebot eines Privatmanns, der unter unwahren Behauptungen einen gebrauchten Gegenstand oder Sachen offerirt, die er durch eine Erbschaft erworben haben will. Dagegen ist das Angebot eines

Privatmanns, welcher im Interesse eines Gewerbetreibenden Waaren als ihm selbst gehörend anbietet, in Beziehung auf ein Gewerbe gemacht und unterliegt der Reklameklage: Wer z. B. Pianinos eines Fabrikanten unter dem Vorgeben ausbietet, daß er durch traurige Verhältnisse zum Verkauf gezwungen sei, begeht eine Reklame des § 1. Die Beziehung zu einem Gewerbe braucht aus dem Inhalt der Kundgebung nicht hervorzugehen, wenn diese Beziehung nur in Wirklichkeit vorhanden ist.

2. Die Thatsächlichkeit der Angaben.

Die unrichtigen Angaben müssen thatsächlicher Art sein. Unrichtige Urtheile begründen die Klagen des § 1 nicht. Die Grenzlinie zwischen Thatsachen und Urtheilen ist nicht immer leicht zu finden. In den Motiven ist der Begriff der Thatsächlichkeit zu eng gefaßt. Wenn darin gesagt ist: „den Gewohnheiten und Bedürfnissen des heimischen „und internationalen Verkehrs entsprechend muß, wie die Wahl der Form „für geschäftliche Angebote, so auch die lobende Beurtheilung der eignen „Waaren und Leistungen jedem Gewerbetreibenden freistehen; selbst Ueber„treibungen in dieser Richtung können von der Rechtsordnung nicht ge„hindert werden; die Versuche, die Verwendung von Bezeichnungen, „wie „ausgezeichnete Qualität", „reichste Auswahl", „billige Preise" „u. dergl. im Wege einer gesetzlichen Zwangsvorschrift auf diejenigen „Fälle einzuschränken, in denen dieses Urtheil objektiv berechtigt ist, „müßte — von anderen Bedenken abgesehen — an der Schwierigkeit einer „hierauf bezüglichen Feststellung scheitern; anders liegt die Sache, so„bald die Reklame zur Vorspieglung unwahrer Thatsachen greift", — so erklärt sich diese Auffassung aus der im Gesetz nicht mehr anerkannten Absicht, nur Reklamen bestimmter Art zu verbieten.

Thatsächlich ist zunächst alles, was wahrgenommen werden kann oder konnte. Das Reichsgericht Entsch. in Straff. Bd. 24, 387 definirt die Thatsache als „ein konkretes, in Gegenwart oder Vergangenheit in die äußere Erscheinung getretenes Ereigniß, dessen Existenz, Wesen und Art oder dessen Nichtexistenz sich im Wege einer auf konkrete Wahrnehmungen gestützten Beweisaufnahme und Beweiswürdigung darthun läßt" (s. auch O.Tr. in Rechtspr. Bd. 14 S. 285). Dabei ist es unerheblich, ob die Wahrnehmung von jedermann oder nur von Sachverständigen gemacht werden kann. Thatsächlich sind daher die Angaben über die Art der Entstehung einer Waare, über ihre Zusammen-

setzung, über ihre Wirkung, über die Person oder den Ort, woher sie bezogen seien, über den Preis, den sie gekostet haben soll.

Auch die Angaben über die Qualität einer Waare sind thatsächlicher Natur. Das Gesetz führt die Angaben über die Beschaffenheit der Waaren selbst an, und in den Motiven ist das Angebot von halbseidenen Stoffen als reinseidenen als Beispiel gewählt. Das Reichsgericht hat in den Entscheidungen vom 22. Januar 1880 und 29. September 1883 (Rechtspr. in Straff. Bd. 1, 261 u. Bd. 5, 555) die unrichtigen Angaben über die Qualität, insbesondere über die Gesundheit eines verkauften Thiers und über die Güte einer Forderung als thatsächliche Angaben im Sinne des § 263 St.G.B. anerkannt, eine unwahre Behauptung aber, welche, einer bestimmten Person gegenüber aufgestellt, als Thatbestandsmerkmal des Betrugs aufzufassen ist, ist, über geschäftliche Verhältnisse unter den sonstigen Voraussetzungen des § 1 gemacht, immer als eine unter diesen Paragraph fallende thatsächliche Behauptung anzusehen. Die unrichtige Behauptung einer guten Qualität oder einer besseren Qualität, als diejenige, von welcher die Waare in Wirklichkeit ist, ist daher die Behauptung einer Thatsache. Denn daß eine Schundwaare keine gute Waare ist, kann man sehr wohl, jedenfalls kann es der Sachverständige wahrnehmen. Die Behauptung, es seien die kostbarsten Uhren zu verkaufen, während es sich um die bekannten Dreimarkuhren handelt, ist daher eine Aeußerung thatsächlicher Art. Selbst Angaben allgemeiner Natur sind thatsächlicher Art, wenn sich aus ihnen die Behauptung ergiebt, daß die Waare mindestens mittlerer Güte sei: wenn „gute Kartoffeln“, „gesunde Butter“ angeboten werden, während es sich um Waaren schlechtester Sorte handelt, so sind unrichtige Thatsachen behauptet. Ebenso kann die Behauptung, daß die Waare billig sei, eine thatsächliche sein, weil sich die Feststellung dieser Thatsache aus der Vergleichung mit anderen Waaren, also aus der Besichtigung, eventuell der Untersuchung ergiebt und daher wahrgenommen werden kann. Diesen Charakter hat insbesondere die Behauptung, daß man billiger als jeder Konkurrent verkaufe. Manche Waaren werden herkömmlich in bestimmten Qualitäten, als 1., 2., 3. Qualität ꝛc. verkauft; daß eine unrichtige Angabe in dieser Beziehung thatsächlicher Natur ist, wird nicht bezweifelt (Motive, Hauß Anm. 13, Bachem und Kören Anm. 2 zu § 1), aber diese herkömmliche Klassifizirung ist nicht das Kriterium des Begriffs der Thatsächlichkeit,

denn sie setzt nicht voraus, daß die Waaren der verschiedenen Klassen von verschiedener Art sind, daß die Waare der einen Klasse eine andere ist, als die der andern Klasse, der Unterschied besteht, wenn er sich auch zum Theil auf eine verschiedene Herstellungsmethode gründet, doch in der Regel auf reiner Werthschätzung, z. B. bei Roggen erster, zweiter rc. Qualität, also auf einer Feststellung, welche nur durch Vergleichung der einzelnen Arten miteinander zu treffen ist. Der § 1 steht in Beziehung zu dem § 6, beide Paragraphen handeln von Behauptungen thatsächlicher Art, der § 1 von Angaben, die der Behauptende zu seinen Gunsten, der § 6 von Angaben, die er zu Ungunsten eines andern aufstellt: Wollte man die allgemeinen Angaben über die Qualität von Waaren nicht unter den § 1 fallen lassen, so dürfte man auch solche Angaben, wenn sie in Beziehung auf einen andern gemacht sind, z. B. die Angabe, daß die Waaren des Konkurrenten miserabel seien, nicht unter den § 6 subsummiren. Gerade die Vergleichung mit dem dem § 186 St.G.B. ähnlichen § 6 muß aber zu dem Bedenken Anlaß gegeben haben, die Angaben über die Qualität der Waaren als thatsächliche aufzufassen, weil die Behauptungen über die Eigenschaften einer Person nicht als Beleidigungen im Sinne des § 186 St.G.B. anzusehen sind. Aber die schlechte oder gute Eigenschaft einer Person läßt sich nicht sinnlich wahrnehmen, sondern nur aus ihren Handlungen und ihren Anschauungen beurtheilen, während die Qualität von Waaren wahrgenommen werden kann. Auch die Behauptung einer besonderen Eigenschaft ist thatsächlicher Art, da sich diese Eigenschaft entweder aus der Untersuchung oder aus der thatsächlichen Wirkung ergiebt. Deshalb ist z. B. durch das Angebot eines Mittels gegen Ungeziefer die Thatsache behauptet, daß die Anwendung des Mittels die Beseitigung des Ungeziefers zur Folge habe.

Der Begriff der Thatsächlichkeit ist aber noch weiter zu fassen. Auch Vorgänge, die nicht wahrgenommen werden können, sind Thatsachen, wenn sie in dem Willen des Aeußernden oder eines Dritten bestehen. Dies ist namentlich hinsichtlich der Behauptung über Motiv oder Zweck des Angebots der Fall (z. B. „wegen Aufgabe des Geschäfts", „wegen trauriger Familienverhältnisse", „zum Zweck der Räumung des Lagers", „zum Ausverkauf"), wie denn auch die Angaben „über Anlaß oder den Zweck des Verkaufs" vom Gesetz ausdrücklich als verfolgbare Aeußerungen besonders aufgeführt sind.

Ein Urtheil ist es dagegen, wenn lediglich eine Ansicht ausgesprochen wird, deren Richtigkeit sich aus bestehenden Thatsachen nicht nachweisen läßt, z. B. die Behauptung des Fahrradfabrikanten, daß die Rover sich die Alleinherrschaft erobern, daß sie die einzige übliche Art der Fahrräder sein werden, die Behauptung, daß der Preis der angebotenen Waaren voraussichtlich in der allernächsten Zeit steigen werde, die Behauptung, daß durch eine angebotene Waare ein dringendes Bedürfniß jedes Haushalts befriedigt werde.

3. Die Unrichtigkeit der Angabe.

Die Angabe muß unrichtig sein. Die Unrichtigkeit braucht keine absolute zu sein. Die Klage ist begründet, wenn die Behauptung auch nur theilweise unrichtig, wenn sie z. B. nur übertrieben ist. Unrichtig ist die Angabe auch dann, wenn zwar jede einzelne Thatsache richtig, die einzelnen Behauptungen aber mit oder ohne Verschweigung erheblicher Thatsachen derart zusammengestellt sind, daß die Gesammtheit der Behauptung unrichtig ist. Wenn ein Manufakturwaarenhändler, der in einem Konkurs zwei Anzüge gekauft hat, bekannt macht: „Besonders billig wegen Ankaufs in einem Konkurse“, oder „besonders billig wegen Ankaufs mehrerer Anzüge in einem Konkurse“, so ist kein unwahres Wort gesagt, es ist aber gleichwohl die unwahre Thatsache behauptet, daß der Offerent eine große Anzahl der ausgebotenen Waaren in einem Konkurse erworben habe.

Durch Verschweigen unrichtig ist z. B. die übliche Behauptung der ärztlichen Empfehlung, wenn die empfehlenden Aerzte ohne Untersuchung gewissenlos die Empfehlung gegen Zahlung gemacht haben, die Waare aber die Empfehlung nicht werth ist. (Eine Kenntnis dieser Thatsache braucht, wenn nur auf Unterlassung geklagt ist, auf Seiten des Beklagten nicht vorzuliegen.)

Andererseits sind Aeußerungen, welche als Uebertreibungen Jedem erkennbar sind, als unrichtig nur insoweit verfolgbar, als abgesehen von der offensichtlichen Prahlerei eine unwahre Behauptung aufgestellt ist. Mit der Reklame „1000 Mk. für Aerger erspart sich jede kluge Schneiderin durch Benutzung unseres hochpraktischen Meßbuchs“, ist in Wahrheit nur behauptet, daß das angebotene Meßbuch von praktischem Werth ist; nur auf die Richtigkeit dieser Thatsache kommt es daher an, nicht darauf, ob die Benutzung des Buches einen Gewinn von 1000 Mk. bringe.

4. Die Art und Weise der Angabe.

Wie die unrichtige Behauptung aufgestellt ist, kommt nicht in Betracht. Sie kann positiv, sie kann auch in der wörtlichen oder inhaltlichen Wiedergabe der Mittheilung eines andern, z. B. in dem Abdruck des Inserats Seitens eines Agenten bestehen, ohne Unterschied, ob der Thäter zu erkennen giebt, daß er sich die Behauptung aneigne oder nicht, es sei denn, daß die Wiedergabe lediglich in der ernsten und erkennbaren Absicht erfolgte, die Angabe zu bekämpfen. Die Behauptung braucht auch keine bestimmte zu sein, die Hinzufügung eines Vorbehalts „meines Erachtens“, „ich glaube“ ändert den Charakter der Aeußerung nicht. In einem Fall dieser Art braucht die Klage deshalb nicht durch den Nachweis, daß der Mittheilende das Gegentheil geglaubt habe, sondern kann lediglich durch den Nachweis begründet werden, daß die Thatsache, welche der Mittheilende angeblich glaubt, unrichtig ist.

Die Angaben sind so zu beurtheilen, wie sie wenigstens von einem, wenn auch nur kleinen, Theil des Publikums verstanden werden; Mentalreservationen dürfen dabei nicht berücksichtigt werden; wenn ein Kaufmann z. B. bekannt macht „Leinene Manschetten zu 10 Pf.“, so kann er sich nicht darauf berufen, daß er gar nicht behauptet habe, daß diese Waare zu diesem Preise bei ihm zu verkaufen sei; wer „echten Holländischen Javakaffee“ mit dem Zusatz „bestes Fabrikat“ anbietet, kann sich nicht darauf berufen, daß er durch den Zusatz „Fabrikat“ angegeben habe, der Kaffee sei nicht echt.

Dasselbe gilt, wenn eine erhebliche Thatsache zwar nicht verschwiegen, aber doch in der Weise behauptet ist, daß sie übersehen werden kann. Wenn z. B. ein „gerichtlicher Ausverkauf“ angekündigt wird, darüber aber in kleinen Lettern das Wort „außer“ steht, so ist die Behauptung aufgestellt, daß der Verkauf ein gerichtlicher sei.

5. Die Form der Angabe kann eine schriftliche — durch Inserate, Cirkulare, Plakate, Auslage von Zetteln im Schaufenster rc. —, sie kann eine mündliche — durch Ausrufer, Auktionatoren, Marktschreier —, sie kann auch eine bildliche oder figürliche sein. Letzteres ist im Abs. 4 des § 1 besonders hervorgehoben, wonach „bildliche Darstellungen und sonstige Veranstaltungen“ den ausdrücklichen Mittheilungen gleichgestellt sind, wenn sie darauf berechnet und geeignet sind, solche Angaben zu ersetzen.

6. Nur solche Angaben können in Betracht kommen, die „in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mittheilungen" gemacht werden, „welche für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind."

Zu solchen Angaben gehören hauptsächlich die Inserate in den Zeitungen und Zeitschriften, die Plakate an und in den Läden, in den Schaufenstern, an den Anschlagsäulen, an Straßenecken rc., mögen sie gedruckt oder geschrieben sein. Sie können durch Mittheilung von Preislisten, Lagerverzeichnissen, Proben oder Mustern, durch mündlichen Ausruf, durch Anpreisung des Auktionators oder Verkäufers in einer Auktion, des Marktschreiers vor einer Anzahl von Zuschauern gemacht werden. Auch das Bezeichnen der im Schaufenster ausliegenden Waaren mit niedrigen Preisen, für welche die gleichartigen Waaren im Laden nicht abgegeben werden, gehört hierher; diese Bezeichnung kann auf Zetteln, auf welchen nur Zahlen stehen, sie kann auch durch Kreideschrift auf den Waaren und in anderer Weise vorgenommen werden.

Ist eine unlautere Reklame in einem auf mechanischem Wege hergestellten Cirkular auch nur einer Person gemacht, so ergiebt die Art der Mittheilung, daß sie für einen größeren Personenkreis bestimmt ist, es bedarf daher nicht des Beweises, daß ein gleiches Cirkular auch an andere abgegeben ist. Doch kann der Beklagte nachweisen, daß er absichtlich die Mittheilung nur an eine oder wenige bestimmte Personen gemacht habe. Damit soll nicht gesagt sein, daß dem Beklagten die Beweislast obliegt; den Beweis, daß die Mittheilung für einen größeren Personenkreis bestimmt ist, hat vielmehr der Kläger zu führen, dieser Beweis kann aber aus der Art der Kundgebung, insbesondere aus der mechanischen Herstellung entnommen werden, sodaß der Beklagte für überführt anzusehen ist, wenn er nicht das Gegentheil darthut.

Unrichtige Aeußerungen zur Empfehlung des Geschäfts oder einer Waare, welche nur einer einzelnen Person gemacht werden, z. B. einem Kunden, der mit dem Aeußernden bereits in Geschäftsverbindung steht, oder einer Person, die der Geschäftsreisende um Ertheilung eines Auftrags angeht, werden von dem Gesetz nicht getroffen, können aber unter den Begriff des Betrugs fallen. Wird die Mittheilung jedoch in rascher Zeitfolge mehreren Personen in der Absicht der Verbreitung wiederholt, so ist sie eine für einen größeren Kreis von Personen bestimmte Mittheilung.

7. Die Angabe muß geeignet sein, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen.

In dieser Beziehung wird, abgesehen von den bildlichen Darstellungen und den Veranstaltungen des Abs. 4, weder die Absicht, diesen Anschein hervorzurufen, noch auch nur das Bewußtsein verlangt, daß die Angabe zur Erweckung dieses Anscheins qualifizirt ist. Der Anschein braucht auch nicht falsch zu sein, wenn nur die Angabe unrichtig ist (Hauß Anm. 14). Lediglich objektiv braucht die Aeußerung geeignet zu sein, den angegebenen Erfolg hervorzubringen, die Aeußerung muß daher einen Inhalt haben, aus welchem man entnehmen kann, das Angebot sei ein besonders günstiges. Bei dieser Feststellung hat man sich nicht auf den Standpunkt des Sachverständigen zu stellen, man darf dabei auch nicht die gewöhnliche Aufmerksamkeit eines Laien voraussetzen, es kommt vielmehr nur darauf an, ob ein, wenn auch nur kleiner, Theil des Publikums zu der Ansicht gelangen kann, daß das Angebot ein besonders günstiges sei. Es ist deshalb auch unerheblich, daß die behauptete Thatsache unmöglich oder unglaubhaft ist. Denn so unglaubhaft eine Behauptung ist, sie findet doch Gläubige. Man darf daher nicht sagen, daß solche Anpreisungen nicht ernst gemeint seien, darf auch nicht, wie Hauß Anm. 14, davon ausgehen, „daß scherzhafte und harmlose Uebertreibungen, die als solche bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit von Jedem leicht zu erkennen sind, von der Verfolgung ausgeschlossen“ seien. Denn selbst der Thatbestand des Betrugs ist gegeben, wenn der erregte Irrthum ein leicht vermeidlicher war (R.G. i. Str. vom 24. September 1883, 12. Juni 1884, 20. September 1887, 2. Januar 1895 — Annalen der Badischen Gerichte Bd. 50 S. 154, 237, Rechtspr. Bd. 9, 441 und Goltdammer, Archiv Bd. 43 S. 31 —, ferner Obertr. in d. Rechtspr. Bd. 14, 181, Bd. 18, 18); man wird vielmehr davon auszugehen haben, daß ein Gewerbetreibender nicht Geldaufwendungen für Inserate macht, um sich einen Scherz oder Witz zu erlauben. Die unrichtigen Angaben haben nur dann einen vernünftigen Zweck, wenn sie darauf berechnet sind, Gläubige zu finden. Wenn französischer Champagner für 1 Mk., goldene Uhren für 3 Mk., persische Teppiche für 2 Mk. angeboten werden, so wissen zwar die meisten Personen, daß diese Angaben nicht richtig sein können, aber an Gläubigen wird es nicht fehlen, welche durch solche Behauptungen angelockt werden und deren Kaufkraft dadurch den reellen Geschäften ent-

zogen wird. Würde es an solchen Gläubigen fehlen, so würden derartige Angebote nicht gemacht. Nur dann, wenn Jemand in der That, ohne Käufer anlocken zu wollen, nur einen Scherz machen will, nicht aber dann ist die Verfolgung ausgeschlossen, wenn die Unwahrheit bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit erkennbar ist.

Das Angebot muß besonders, d. h. in erheblichem Maße günstig sein. Dies ist es, wenn es das Angebot anderer Gewerbetreibender nicht blos in unbedeutendem Maße, sondern derart übersteigt, daß es sich der Mühe verlohnt, dieses Angebot vor andern zu beachten.

Geeignet, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, ist ein Angebot nicht, durch welches eine Waare unter einer Ortsbezeichnung gemacht wird, mit der sie im Verkehr benannt zu werden pflegt, auch wenn sie aus dem bezeichneten Ort nicht stammt (Gattungsbezeichnung). So werden unter Schweinfurter Grün, Berliner Blau Waaren verstanden, die nach einer bestimmten Art und Weise hergestellt sind, die aber aus den angegebenen Orten nicht herzustammen brauchen. Deshalb ist im Absatz 3 ausdrücklich gesagt: „Die Verwendung von Namen, welche nach dem Handelsgebrauch zur Benennung gewisser Waaren dienen, ohne deren Herkunft bezeichnen zu sollen, fällt unter die vorstehenden Bestimmungen nicht." Dieser Satz, welcher mit dem § 16 Abs. 2 des Gesetzes vom 12. Mai 1894 übereinstimmt, ist vom Plenum des Reichstags auf den Antrag des Abg. Bassermann in das Gesetz aufgenommen. Der § 1 kommt aber dann zur Anwendung, wenn die angebotene Waare die Qualität der angekündigten Art nicht hat. Die Ortsbezeichnung dagegen, durch welche nicht die Herstellungsart, sondern die Herkunft angegeben wird, wie Englischer Stahl, Persische Teppiche, fällt unter die verfolgbaren Reklamen, wenn die Waare nicht aus dem angegebenen Ort oder Lande herrührt, vergl. Kohler, Recht des Markenschutzes S. 112, 114, 117).

V. Der Kläger.

1. Die Civilklage ist nur den Gewerbetreibenden und den zur Förderung gewerblicher Interessen gebildeten Verbänden, nicht auch dem Käufer als solchem gegeben (Motive). Letzterer ist lediglich auf die bisherigen Rechtsmittel, auf die Klage aus dem Kaufvertrage und aus dem Betruge angewiesen, die falsche Reklame bietet ihm daher erst

dann die Veranlassung zur Rechtsverfolgung, wenn er auf Grund derselben einen Vertrag geschlossen hat.

2. Die Klage setzt — soweit sie nicht den zur Förderung der gewerblichen Interessen gebildeten Verbänden zusteht — einen Gewerbebetrieb auf Seiten des Klägers voraus.

Für den Begriff des Gewerbebetriebes sind zunächst die Vorschriften der Gewerbeordnung entscheidend. Denn das Gesetz schließt sich an die Gewerbeordnung an, indem es die durch dieselbe gewährleistete Gewerbefreiheit hinsichtlich der Art des Geschäftsbetriebes einschränkt; die Bestimmungen der Gewerbeordnung müssen aber auch deshalb für ein Gesetz, das zum Schutz des ehrlichen Gewerbes gegeben ist, entscheidend sein, weil durch sie grade der Gewerbebetrieb geregelt wird.

Der Gewerbebetrieb ist die zum Zweck der Fortsetzung begonnene, auf Erreichung eines Gewinns gerichtete Geschäftsthätigkeit (vergl. Entsch. des Reichsgerichts in Strafs. vom 4. März und 16. Oktober 1880 in der Rechtspr. Bd. 1, 726 und Bd. 2, 236, sowie des Obertrib. vom 30. Juni 1876 und 13. Juli 1877 in der Rechtspr. Bd. 18, 478 und 407).

Eine Geschäftsthätigkeit ist weder die Beschäftigung der Kirchendiener, Beamten, der Militärpersonen und Lehrer, noch diejenige Thätigkeit, welche in der Ausübung einer Wissenschaft oder Kunst besteht oder sich als eine schriftstellerische, unterrichtende oder erziehende darstellt, vergl. §§ 6, 33a, 33b, 55 Nr. 4 der Gewerbeordnung, § 4 Nr. 4 des Preuß. Gesetzes vom 24. Juni 1891, betreffend die Besteuerung der stehenden Gewerbe und des Gewerbebetriebes im Umherziehen. Die Redakteure von Zeitungen oder Zeitschriften gehören als solche zu den Schriftstellern, die kein Gewerbe betreiben, die Herausgabe von Zeitschriften und Zeitungen (der Verlag) gehört dagegen zum „Betrieb des Preßgewerbes“ § 4 des Preßgesetzes vom 7. Mai 1874. Auch die Rechtsanwälte gehören nicht zu den Gewerbetreibenden, weil ihre Thätigkeit in der Ausübung einer Wissenschaft besteht, sie werden daher weder vom Gesetz betroffen, noch steht ihnen der Schutz desselben, z. B. gegen die Reklame der zu den Gewerbetreibenden gehörenden Winkeladvokaten zu. Der Chemiker übt eine Wissenschaft aus, der Inhaber eines chemischen Laboratoriums, welcher sich gegen Entgelt mit chemischen Analysen beschäftigt, gehört daher nicht zu den

Gewerbetreibenden, wohl aber derjenige, welcher eine chemische Fabrik betreibt, weil er insofern Fabrikant ist.

Da die Gewerbeordnung aber für die Feststellung des Begriffs des Gewerbebetriebes maßgebend ist, so müssen diejenigen, welche sie zu den Gewerbetreibenden zählt, als soche angesehen werden, auch wenn sie nur eine Wissenschaft, eine erziehende, unterrichtende 2c. Thätigkeit ausüben. Dies muß von dem Arzt wegen der §§ 29 ff., von dem Tanz-, Turn- u. Schwimmlehrer, von dem nicht beamteten Landmesser, Feldmesser und Markscheider wegen der §§ 35, 36, von dem Apotheker wegen des § 29 der Gew.O. gelten.

Die Geschäftsthätigkeit, welche öffentlichen Beamten außerhalb ihres eigentlichen Amtes auszuüben gestattet ist, stellt sich als die Ausübung eines Gewerbes dar und macht den Beamten insofern zum Gewerbetreibenden. Dies ist insbesondere hinsichtlich der Gerichtsvollzieher und Notare der Fall, wenn sie freiwillige Verkäufe vornehmen. A. M. Reskr. des Ministers des Innern vom 3. Juni 1835 bei Winiker, Die gesetzlichen Vorschriften über die Entrichtung der Steuer 2c. im Preuß. Staate Nr. 526, vergl. auch das Reskr. des Finanzministers vom 9. Dezember 1879 in den Mittheilungen aus der Verwaltung der direkten Steuern Bd. 14 S. 25.

Eine erwerbliche Thätigkeit stellt sich nur dann als ein Gewerbebetrieb dar, wenn die Erzeugnisse dieser Thätigkeit oder ein Theil derselben zum Gegenstand des Angebots oder von Rechtsgeschäften gemacht werden, wenn also ein Eintritt in den Verkehr stattfindet (Entsch. des Preuß. Oberverwaltungsgerichts Bd. 20 S. 426). Die Ausübung der Landwirthschaft, der Fischerei, der Jagd ist daher kein Gewerbebetrieb, wenn der Landwirth, der Fischer, der Jäger sich darauf beschränkt, mit den Erträgnissen seiner Thätigkeit sich, seine Familie und sein Gesinde zu unterhalten, wenn er diese Erträgnisse oder einen Theil derselben also nicht vertreibt (Entsch. des Reichsgerichts vom 14. Januar 1889 bei Reger, Sammlung der Verordnungen 2c. Bd. 9 S. 405, des Oberlandesgerichts Stettin in Goltdammer's Archiv Bd. 40 S. 354 und Reskr. des Handelsministers und des Ministers für Landwirthschaft vom 14. November 1894 im Min.-Blatt f. innere Verw. S. 218), wohl aber übt er ein Gewerbe aus, wenn er seine Erträgnisse ganz oder theilweise vertreibt. In dieser Weise ist der Abs. 5 des Ges. zu verstehen, wonach „die landwirthschaftlichen Erzeugnisse und Leistungen zu den Waaren

und gewerblichen Leistungen gerechnet werden" sollen. Daher übt auch der Staat kein Gewerbe aus, wenn er eine Fabrikation lediglich zur Befriedigung der eigenen Bedürfnisse, wenn er z. B. eine Waffenfabrik, eine Artilleriewerkstätte, eine Schiffswerft betreibt, um Waffen und Schiffsfahrzeuge für die Armee herzustellen oder in Stand zu halten.

Wer seine Erträgnisse für sich verwendet, übt nicht schon dann ein Gewerbe aus, wenn er einen einzelnen Verkauf oder auch einzelne Verkäufe vornimmt, weil er einen Ueberfluß an Früchten ꝛc. hat, denn nur der zum Zweck der Fortsetzung des Vertriebs geschehene Verkauf zeigt den Beginn des Gewerbebetriebs an.

Das Gewerbe wird betrieben, der Betrieb hat begonnen, sobald auch nur eine auf Erzielung eines Erwerbs gerichtete Thätigkeit vorgenommen ist, wenn dabei die Absicht der Fortsetzung besteht. Es genügt daher schon das Anerbieten zum Kauf an eine bestimmte Person, das Anerbieten durch Cirkulare ꝛc., die Eröffnung eines Ladens, wenn auch thatsächlich noch kein Geschäft abgeschlossen ist (vergl. R.G. in Straff. vom 1. November 1881, 25. Januar 1883, 28. Juni 1881, 29. September 1885 in Rechtspr. Bd. 3, 669, Bd. 5, 59, Bd. 3, 442 und Entsch. Bd. 12, 388).

Von einem Gewerbebetrieb kann aber nur dann die Rede sein, wenn der Betrieb auf Erzielung eines Vermögensvortheils gerichtet ist. Ob ein Gewinn erzielt wird, ist gleichgültig, wie es auch unerheblich ist, wenn unter den konkreten Umständen ein Gewinn nicht erzielt werden kann. Der Beklagte kann daher die Aktivlegitimation des Klägers nicht mit der Behauptung bestreiten, daß derselbe aus seinem Geschäft überhaupt keinen Gewinn erzielen könne. Ebenso ist es unerheblich, ob der beabsichtigte Gewinn in Geld oder anderen Vermögensvortheilen besteht, wenn die Absicht nur auf den Gewinn irgend eines Vermögensvortheils gerichtet ist (Obertr. vom 17. Juli 1873 in Rechtspr. Bd. 14, 378, R.G. in Straff. vom 14. März und 16. Oktober 1880 in Rechtspr. Bd. 1, 726 und Bd. 2, 336). Daraus folgt, daß Geschäfte oder ein Geschäftsbetrieb, welcher lediglich aus Gefälligkeit, aus Nächstenliebe ꝛc., selbst gegen Erstattung der Auslagen, ohne Absicht auf Erlangung eines Vermögensvortheils unternommen ist, keinen Gewerbebetrieb darstellt (Reskr. des Fin.-Min. vom 18. Dezember 1849 bei Winiker S. 335). Die gewohnheitsmäßige Ertheilung von ärztlichem oder

geschäftlichem Rath, die Ertheilung von Auskunft an Stellensuchende rc. ist daher, wenn sie unentgeltlich oder gegen bloße Erstattung der Auslagen erfolgt, zwar gewohnheitsmäßig, aber nicht gewerbsmäßig, auch wenn derjenige, der den Rath u. s. w. ertheilt, dadurch ein größeres Ansehen, ein Ehrenamt rc. zu erlangen sucht.

3. Gewerbetreibende sind auch die Angestellten eines Geschäftsinhabers. Das Gesetz giebt aber die Klagen auf Unterlassung und Schadensersatz, sowie die Berechtigung zur Strafverfolgung nur den selbständigen Gewerbetreibenden, denn es spricht nur von solchen Gewerbetreibenden, welche Waaren oder Leistungen gleicher oder verwandter Art herstellen oder in den geschäftlichen Verkehr bringen. Damit ist nicht auch derjenige gemeint, welcher Waaren als Kommis oder Reisender eines Kaufmanns vertreibt oder als Arbeiter für seinen Prinzipal herstellt, sondern nur derjenige, der ein Gewerbe auf eigene Rechnung betreibt, wie auch die Gewerbeordnung nur solche Personen als Gewerbetreibende ansieht (Reichsgericht in Strafs. vom 20. Dezember 1883 Entsch. 9, 351, Marzinowski, Komment. zur G.O. Anm. 5 zu § 1). Daher ist auch der, welcher ausschließlich Material, das ihm vom Fabrikanten geliefert wird, für dessen Rechnung gegen Zahlung von Arbeitslohn verarbeitet, zur Klage nicht legitimirt, weil er (O.Tr. vom 29. April 1870 bei Winiker S. 995) kein selbstständiges Gewerbe betreibt, denn „diejenigen, welche für bestimmte Gewerbetreibende außerhalb der Arbeitsstätten der letzteren mit der Anfertigung gewerblicher Erzeugnisse beschäftigt sind", gehören — § 119b der G.O. — zu den gewerblichen Arbeitern. Diese Arbeiter sind auch dann keine selbständigen Gewerbetreibenden, wenn sie ihrerseits zur Erledigung der Arbeiten andere Personen beschäftigen. Ueben sie ihr Handwerk aber daneben auch für andere aus, so sind sie insofern als selbständige Gewerbetreibende anzusehen.

4. Ein selbständiger Gewerbetreibender ist der Eigenthümer des Gewerbes nur dann, wenn er das Geschäft selbst betreibt, daher nicht, wenn er dasselbe — z. B. eine Schenkwirthschaft — verpachtet hat. Andererseits genießt den Schutz des Gesetzes derjenige, welcher ein Gewerbe, ohne Eigenthümer desselben zu sein, auf eigene Rechnung führt, z. B. der Nießbraucher, der Wirthschaftspächter, der Gutspächter. Wer dagegen für einen andern auf dessen Rechnung, wenn auch in eigenem Namen, ein Geschäft betreibt, z. B. der Gutsverwalter, ist nur Stell-

vertreter und kann daher den Schutz des Gesetzes nicht für sich, sondern nur als Vertreter des Geschäftsherrn in Anspruch nehmen; vgl. §§ 46, 87 G.O. Dasselbe gilt von dem Direktor einer Aktiengesellschaft, dem Grubenvorstand, dem Bergwerksrepräsentanten. Stellvertreter ist auch der Konkursverwalter, der den Gewerbebetrieb des Kridars fortsetzt (Erk. des Oberlandesgerichts zu Königsberg vom 21. Oktober 1886 in Reger Bd. 7, 386, vgl. auch das Erk. des Oberverwaltungsgerichts vom 10. Mai 1883 und des Reichsgerichts vom 4. März 1881 in Reger Bd. 4, 21 und Bd. 1, 351), denn der Kridar bleibt Eigenthümer des Konkursvermögens (Th. Wolff, Absonderungsrecht § 29 S. 154ff.) und da dem Konkursverwalter das Verfügungs- und Verwaltungsrecht des Gemeinschuldners übertragen ist, § 5 Abs. 2 der Konkursordnung, so übt er dies Recht und damit die Klagebefugniß des § 1 für ihn aus, obgleich er an eine Instruktion oder einen Widerspruch des Kridars nicht gebunden ist.

5. Zur Klage legitimirt ist jeder Gewerbetreibende, auch wenn er das betriebene Gewerbe nicht in üblicher Weise erlernt hat, wie auch der Kaufmann, dessen Firma in das Handelsregister nicht eingetragen ist, auch wenn er gesetzlich verpflichtet ist, die Eintragung zu bewirken (Kohler, Recht des Markenschutzes S. 125).

Aber derjenige darf nicht als durch das Gesetz geschützt angesehen werden, welcher nicht berechtigt ist, das Gewerbe auszuüben. Denn das Gesetz will, wie auch in den Motiven hervorgehoben ist, das redliche Gewerbe gegen den unlautern Wettbewerb schützen, es sollen die achtungswerthen, ehrlichen Mitglieder des Gewerbestandes gesichert werden. Schon hieraus ergiebt sich, daß, wer ein Gewerbe nicht betreiben darf, auf den Schutz des Gesetzes keinen Anspruch machen kann (vergl. Entsch. des Obertr. vom 31. März und 3. Juli 1871 Rechtspr. Bd. 12, 191 und 370, 372, a. M. Obertr. vom 13. September 1865 Rechtspr. Bd. 6, 266, Kohler a. a. O. S. 125). Wer ein Gewerbe nicht betreiben darf, es aber thatsächlich doch betreibt, hat lediglich die Nachtheile seiner Handlung zu tragen, ein Recht aber kann niemand aus der eigenen unerlaubten Handlung erwerben (§ 36 A. L.R. I, 4 „aus unerlaubten Handlungen überkommt der Handelnde zwar Verbindlichkeiten, aber keine Rechte"). Daher ist der Kursmakler, welcher nach § 32 Abs. 2 des Börsengesetzes vom 22. Juni 1896 ein sonstiges Gewerbe nicht betreiben darf, in dem Betrieb eines solchen ihm verbotenen

Gewerbes nicht geschützt, ebensowenig eine Handelsgesellschaft, welche durch Zuziehung eines Kursmaklers zur Sozietät geworden ist. Namentlich ist aber derjenige, welcher die Schenkwirthschaft ohne polizeiliche Genehmigung, überhaupt wer ein Gewerbe ohne die dazu erforderliche Konzession betreibt, zur Klage nicht legitimirt. Wer aber das Gewerbe nach Ertheilung dieser Genehmigung, oder wer ein Gewerbe betreibt, zu dessen Führung eine vorgängige Genehmigung nicht erforderlich ist, verliert das Klagerecht erst durch die Entziehung der Genehmigung bezw. durch die Untersagung des Gewerbebetriebs, nicht schon dadurch, daß gegen ihn Thatsachen vorliegen, welche die Entziehung der Konzession bezw. die Untersagung des Gewerbebetriebes rechtfertigen. Denn bis dahin betreibt er das Gewerbe mit Recht. Der Beklagte kann sich daher nicht auf solche Thatsachen, sondern nur darauf berufen, daß die erforderliche Konzession nicht ertheilt oder daß sie entzogen bezw. daß die Fortsetzung des Gewerbebetriebs untersagt ist.

Geschützt ist auch das Gewerbe nicht, dessen Betrieb gesetzlich verboten ist — z. B. der Schmuggel, die Kuppelei, der Betrieb von Glückspielen, der Wucher — oder welches gegen die guten Sitten verstößt. Gegen die guten Sitten verstößt z. B. derjenige, welcher zum Schaden des Publikums ein Gewerbe ohne die Kenntnisse betreibt, welche dasselbe erfordert. Dies thut der Kurpfuscher. Der Heirathsvermittler betreibt ein Gewerbe, welches gegenwärtig nach preußischem und gemeinem Recht nicht als unehrenhaft anzusehen ist — Entsch. des Obertribunals zu Stuttgart vom vom 29. Mai 1858 in Seuffert's Archiv Bd. 13 Nr. 14, des O.App.-Gerichts zu Lübeck vom 19. Dezember 1859 in Seuffert's Archiv Bd. 14 Nr. 124, des Reichsgerichts vom 8. Mai 1885 in Blum's Annalen Bd. 2 S. 217. Vom 1. Januar 1890 an gilt jedoch die entgegenstehende Anschauung, da der § 656 B.G.B Geschäften des Ehevermittlers die rechtliche Verbindlichkeit versagt, dies Gewerbe daher, als unmoralisch, nicht mehr unter dem Schutz des Gesetzes steht. Vergl. Kohler, Die Ideale im Recht S. 11.

Verstößt der Gewerbebetrieb gegen das Gesetz oder die guten Sitten, so darf der Beklagte die Legitimation des Klägers bestreiten, der Kläger hat dann den Beweis zu führen, daß er ein Gewerbe betreibt, welches unter dem Schutz des Gesetzes steht.

Der Beklagte darf dem Kläger auch den Einwand entgegensetzen, daß sein Gewerbe lediglich oder zum wesentlichsten Theil in verbotener

Weise betrieben werde, daß es z. B. aus dem Vertrieb verdorbener Nahrungsmittel, daß sein Pfandleih- oder Kaufgeschäft lediglich oder zum größten Theil aus dem Vertrieb gestohlener oder geschmuggelter Waaren bestehe.

Als unmoralisch darf aber ein Gewerbe nicht angesehen werden, dessen Betrieb gesetzlich konzessionirt ist. Deshalb darf die Legitimation des Kurpfuschers nicht bemängelt werden, welchem nach § 30 Gew.O. die Genehmigung zur Haltung einer Kranken-, Entbindungs- oder Irrenanstalt ertheilt ist.

Auch der Umstand, daß der Kläger sich einzelne unreelle Handlungen hat zu Schulden kommen lassen, daß ihm z. B. selbst eine falsche Reklame zur Last fällt, darf zur Bemängelung seiner Klagelegitimation nicht führen.

6. Derjenige Gewerbetreibende ist durch das Gesetz geschützt, welcher, mag er In- oder Ausländer sein, im Inlande, d. h. im deutschen Reich, einschließlich der Schutzgebiete (der neutrale Staat Moresnet gehört nicht zum Inland, s. darüber Wolff, Absonderungsrecht im Konkurse S. 144, 145) seine Handelsniederlassung oder, wenn er mehrere Niederlassungen besitzt, seine Hauptniederlassung hat. Andernfalls hat er nach § 16 des Gesetzes die Unterlassungs- und Schadensklage nur dann, wenn die deutschen Gewerbetreibenden in dem Staat, in welchem sich seine Hauptniederlassung befindet, nach einer im Reichsgesetzblatt enthaltenen Bekanntmachung einen dem Gesetz vom 27. Mai 1896 entsprechenden Schutz genießen. Diese Bekanntmachung liefert den Beweis der vom Gesetz verlangten Reziprozität, gegen welchen ein Gegenbeweis nicht zuläßig ist, und da sie weder ein Reichsgesetz ist, noch einem solchen gleichsteht, so kommt der Art. 2 der Reichsverfassung nicht zur Anwendung, wonach die Gesetzeskraft in Ermangelung einer ausdrücklichen, im Gesetz enthaltenen anderweiten Bestimmung mit dem 14. Tage nach der Ausgabe des betreffenden Stücks des Gesetzblatts in Berlin beginnt; auch der Tag der Ausgabe ist nicht maßgebend, vielmehr entscheidet, weil die Bekanntmachung lediglich den Beweis der Reziprozität bezweckt, über den Beginn der letzteren der Inhalt der Bekanntmachung, insbesondere das Datum derselben. Ergiebt sich aber aus der Bekanntmachung, daß sich dieselbe lediglich auf einen Staatsvertrag gründet, so ist der Zeitpunkt des Inkrafttretens des Vertrages

entscheidend, mag dieser Zeitpunkt vor der Bekanntmachung eingetreten sein oder nach ihr eintreten.

Der Bekanntmachung stehen die im Reichsgesetzblatt publizirten Staatsverträge gleich, nach welchen nicht blos die Angehörigen eines jeden der kontrahirenden Staaten in dem Gebiet des andern Theils die gleichen Rechte genießen sollen (wie dies z. B. im Art. 11 des Vertrages mit Paraguay vom 11. August 1860 gesagt ist), — denn auch der Angehörige des deutschen Reiches hat den Schutz des Gesetzes nicht, wenn er im Inlande seine Hauptniederlassung nicht hat —, nach welchem vielmehr dem Ausländer der Schutz des Gesetzes auch dann gewährt wird, wenn er in Deutschland nur eine Zweigniederlassung besitzt. Denn wenn auch, wie gesagt, der § 16 keinen Unterschied zwischen Aus- und Inländern macht, so ist es doch selbstverständlich, daß die Reichsangehörigen in Bezug auf die inländische, für sie eingerichtete, Rechtspflege und in Bezug auf den für sie gegebenen Rechtsschutz nicht hinter den Angehörigen fremder Staaten zurückzutreten haben und daher für sich alle Rechte in Anspruch nehmen können, welche den Ausländern durch Staatsverträge zugesichert sind.

7. Zu den Gewerbetreibenden gehören auch die Handels- und gewerblichen Vereinigungen, welche vor Gericht als Kläger und Beklagte aufzutreten berechtigt sind, insbesondere die offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft, die Aktien-, die Kommanditgesellschaft auf Aktien, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung des Gesetzes vom 20. April 1892.

Die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft beginnen ihre Geschäfte nach Art. 110, 163 H.G.B. mit dem Zeitpunkt, in welchem ihre Errichtung im Handelsregister eingetragen ist oder die Gesellschaft auch nur ihre Geschäfte begonnen hat. Die Bestimmung des Gesellschaftsvertrags, daß die Gesellschaft erst mit einem späteren Zeitpunkte als dem der Eintragung ihren Anfang nehmen soll, soll nach Art. 110 Abs. 2, 163 Abs. 2 H.G.B. gegen Dritte keine rechtliche Wirkung haben und steht daher, weil sie Dritten gegenüber nicht gilt, der Klagelegitimation nicht entgegen.

Die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Aktiengesellschaft bestehen nach Art. 178, 211 H.G.B. nicht vor der Eintragung in das Handelsregister und sind daher erst von diesem Zeitpunkte an zur Klage berechtigt.

Zu den gewerbetreibenden Personen gehören auch die mit Korporationsrechten versehenen Kreditinstitute, namentlich die landwirthschaftlichen Institute in Preußen, sowie der Staat und die sonstigen politischen Korporationen, insoweit sie ein Gewerbe, z. B. eine Fabrik, ein Bergwerk, eine Sparkasse betreiben, s. aber oben unter 2.

Rechte und Vermögen erwerben und vor Gericht als Kläger und Beklagte auftreten können auch die eingetragenen Genossenschaften. Sie sind aber Gesellschaften, „welche die Förderung ihrer Mitglieder mittels gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebs bezwecken", sie führen also als solche kein Gewerbe, wenn die Abgabe von Waaren und Leistungen sich auf den Kreis ihrer Mitglieder beschränkt, da ein Gewerbe nur durch Rechtsgeschäfte mit Dritten, nur durch den Verkehr, ausgeübt werden kann (s. oben unter 2). Die eingetragene Genossenschaft betreibt daher als solche kein Gewerbe, trotzdem sie nach § 17 Abs. 2 des Gesetzes vom 1. Mai 1889 als Kaufmann gilt (Entsch. des Oberverwaltungsgerichts Bd. 9, 282, Bd. 20, 426, Entsch. des R.G. i. Str. Bd. 5, 112, Minist.-Reskr. vom 26. August 1861, 17. Dezember 1864 und 28. Juli 1868 in Winiker S. 78 Nr. 451—453) und ist daher zur Klage nur legitimirt, wenn sie ihre Waaren und Leistungen statutenmäßig und, soweit erforderlich, nach Ertheilung der polizeilichen Konzession an Personen abgiebt, welche nicht zu ihren Mitgliedern gehören; ein unbefugtes oder vereinzeltes Abgeben von Waaren an Fremde gewährt nicht die Aktivlegitimation. Nach Art. 1 des Gesetzes vom 12. August 1896 dürfen Konsumvereine (außer denjenigen landwirthschaftlichen Konsumvereinen, welche ohne Haltung eines offenen Ladens die Vermittlung des Bezugs von, ihrer Natur nach ausschließlich für den landwirthschaftlichen Betrieb bestimmten, Waaren besorgen) nur an Mitglieder oder deren Vertreter Waaren verkaufen, die Zuwiderhandlung ist sogar unter Strafe gestellt. Solche Konsumvereine sind daher unter keinen Umständen zur Klage legitimirt.

8. Im konkreten Fall ist nicht jeder Gewerbetreibende zur Klage legitimirt, sondern nur diejenige physische oder juristische Person, welche Waaren oder Leistungen gleicher oder verwandter Art herstellt oder in den geschäftlichen Verkehr bringt. Eine Verwandtschaft der Waaren und gewerblichen Leistungen ist vorhanden, wenn ihre Art auf einen gemeinschaftlichen Ursprung zurückzuführen oder die Waaren rc. auch nur eine solche Aehnlichkeit miteinander haben, daß der eine Gewerbe-

treibende an dem Vertrieb des andern ein Interesse hat, wie dies z. B. zwischen den Händlern ächter und unächter Waaren der Fall ist (vgl. den Begriff der gleichartigen Waaren des § 5 des Gesetzes vom 12. Mai 1894). Entscheidend ist aber nicht die Gleichheit oder Aehnlichkeit der Gewerbebetriebe der Parteien, sondern derjenigen Waaren 2c., welche einerseits der Kläger vertreibt und mit Bezug auf welche andererseits die Reklame gemacht ist: Macht ein Tabakhändler eine unwahre Reklame über den Wein, mit welchem er nebenbei handelt, so sind nicht andere Tabakhändler, sondern diejenigen Gewerbetreibenden zur Klage legitimirt, welche ebenfalls Wein in Verkehr bringen. Es kommt auch nicht darauf an, daß der Beklagte die Waare in Verkehr bringt, welche er angepriesen hat, zumal die Passivlegitimation des Beklagten von dem Betrieb eines Gewerbes überhaupt nicht abhängt: Macht ein Apotheker eine Reklame im Interesse eines Kolonialwaarenhändlers mit oder ohne dessen Auftrag, so sind nicht andere Apotheker, sondern andere Kolonialwaarenhändler bezw. diejenigen Personen aktiv legitimirt, welche eben solche oder ähnliche Waaren, wie die angepriesenen, in Verkehr bringen.

9. Neben den Gewerbetreibenden sind zur Unterlassungs-, nicht auch zur Ersatzklage, die Verbände berechtigt, welche „zur Förderung gewerblicher Interessen gebildet sind". Die Klage ist ihnen in der Absicht gegeben, „die Unterdrückung einer unter die Vorschrift fallenden Reklame nicht völlig von dem Entschluß des einzelnen Mitbewerbers abhängig zu machen" (Motive). Es macht für die Klagelegitimation „keinen Unterschied, ob ein solcher Verband den Schutz des durch die Reklame betroffenen Gewerbszweiges sich zur besonderen Aufgabe macht oder Ziele allgemeiner Art verfolgt" (Motive).

Ein Verband dieser Art vertritt die Interessen der Gewerbetreibenden, aber er ist nicht als der Mandatar der letzteren anzusehen, da er ohne und selbst gegen ihren Willen die Klage erheben kann; im Fall des Unterliegens brauchen daher die Gewerbetreibenden, deren Interessen der Verband wahrnimmt, die Prozeßkosten nicht zu tragen, und das auf die Klage des Verbandes ergangene Urtheil präjudizirt dem Recht der Gewerbetreibenden nicht, wie sie auch auf Grund des Judikats keine Rechte geltend machen können. Aber der gesetzgeberische Gedanke, daß der Verband die Interessen der betreffenden Gewerbetreibenden vertritt, sowie die Erwägung, daß die Klage immer ein

rechtliches Interesse voraussetzt, müssen trotz der allgemeinen Ausdrucksweise „Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen“ zu der restriktiven Interpretation führen, daß ein Verband, welcher zur Förderung bestimmter Gewerbe gebildet ist, die Klage nicht gegen die mit einem dieser Gewerbe in keiner Beziehung stehende Reklame erheben kann. Die Innung der Metzger kann daher nicht als legitimirt gelten, gegen die Reklame eines Weinhändlers Klage zu erheben. Ist aber der Zweck des Verbandes nicht beschränkt, sondern überhaupt auf die Förderung des Gewerbebetriebes gerichtet, so ist ein solcher Verband zur Rechtsverfolgung gegen jede Reklame legitimirt. Ein solcher Verband kann der Innungsverband der §§ 104a ff. Gew.O. sein, wenn er nicht durch seine Statuten beschränkt ist.

Der Verband ist aber auch nur dann zur Unterlassungsklage berechtigt, wenn er „als solcher in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten klagen kann“, wenn er also das Recht eigener Persönlichkeit hat. Durch diese Bestimmung beschränkt sich die Zahl der klageberechtigten Verbände zur Zeit, wenigstens in Preußen, auf die Innungen des alten Rechts (§§ 81ff. Gew.O.), die Innungen des neuen Rechtes (§§ 99ff.) und bedingter Weise auf die Innungsverbände; letztere können nur dann selbständig Klage erheben, wenn ihnen nach § 104h die Eigenschaft einer Korporation durch Beschluß des Bundesraths beigelegt ist. Die Preußischen Handelskammern haben keine Vermögensfähigkeit, (Förster-Eccius, Preuß. Priv.R. Bd. 4 § 283) und können daher die Klage nicht erheben. Die Genossenschaften sind zwar prozeßfähig, sie sind aber keine zur Förderung gewerblicher Interessen gebildeten Gesellschaften, denn sie bezwecken nur die „Förderung des Kredits, des Erwerbs oder der Wirthschaft ihrer Mitglieder“, also nur die Hebung des persönlichen Interesses derselben, nicht die Förderung ihres Gewerbes (vgl. oben unter 7).

Sonstige Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen haben nach Preuß. Allgemeinem Landrecht nur dann selbständige Vermögensfähigkeit, wenn sie vom Staat „genehmigt“ sind (Hauß Anm. 16). Die erlaubten Privatgesellschaften der §§ 1ff. A.L.R. II, 6 haben ohne staatliche Genehmigung zwar die inneren Rechte der Korporationen, stellen aber nach Außen keine juristische Persönlichkeit dar, sind also zur Unterlassungsklage nicht befugt. Im gemeinen Recht ist es streitig, ob zur Erlangung der Korporationsrechte die Verleihung Seitens der

Staatsgewalt erforderlich ist, oder ob die Korporation mit der Vereinigung der mehreren Personen von selbst entsteht, die Praxis hat sich aber mit Recht für die Nothwendigkeit der staatlichen Genehmigung ausgesprochen. Nach §§ 21, 22 B.G.B., welches am 1. Januar 1900 in Kraft tritt, erlangen Vereine, deren Zweck nicht auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, durch Eintragung in das Vereinsregister des zuständigen Amtsgerichts selbständige Rechtsfähigkeit, wogegen Vereine, deren Zweck auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, diese Fähigkeit in Ermangelung besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften nur durch staatliche Verleihung erwerben. Da ein Verband, welcher zur Förderung der gewerblichen Interessen gebildet ist, nicht ein Verein ist, der ein wirthschaftliches Geschäft führt, also kein Verein, der selbst ein Gewerbe betreibt, so wird für ihn vom 1. Januar 1900 an die Eintragung in das Vereinsregister zur Erwerbung der Rechtsfähigkeit und damit der Prozeßfähigkeit genügen.

Kann ein zur Förderung gewerblicher Interessen gebildeter Verein wegen des Mangels der Prozeßfähigkeit die Unterlassungsklage nicht selbst anstellen, so kann er durch eins seiner Mitglieder, welches als selbständiger Gewerbetreibender der in Betracht kommenden Art zur Klage befugt ist, die Rechtsverfolgung veranlassen. Doch ist dann dieses Mitglied dem Gegner und dem Gericht gegenüber persönlich verantwortlich, während es sich seinerseits an den Verein halten kann, der ihm die Prozeßkosten, die ihm etwa auferlegt werden, erstatten muß.

10. Es ist nicht erforderlich, daß der klagende Gewerbetreibende oder der zur Förderung gewerblicher Interessen gebildete Verein mit dem Beklagten in demselben Ort oder in demselben Bundesstaat wohnt. Jeder Angehörige des deutschen Reichs kann gegen einen andern Angehörigen die Klage erheben, wenn deren sonstige Voraussetzungen vorliegen. Sogar dem Ausländer steht ein gleiches Recht zu, wenn er im Inland eine Hauptniederlassung besitzt, oder wenn die Reziprozität verbürgt ist.

11. Zur Klage ist eine physische oder juristische Person erst von dem Augenblick an berechtigt, in welchem sie ihr Gewerbe befugter Weise zu betreiben anfängt, ein zur Förderung gewerblicher Interessen gebildeter Verband erst von dem Zeitpunkt an, in welchem er zur Existenz gelangt und die Rechtsfähigkeit erwirbt, der eingetragene Verein des B.G.B.

von dem Zeitpunkt der Eintragung, nicht der Bekanntmachung der Eintragung, an.

Es fragt sich, ob ein Gewerbetreibender oder ein Verein der bezeichneten Art zur Klage gegen solche Reklamen berechtigt ist, welche gemacht sind, bevor er das Gewerbe begonnen hat, bezw. bevor der Verein zur Existenz und Rechtsfähigkeit gelangt ist.

Ein Schade, d. h. eine Verringerung des Gewerbevermögens, kann demjenigen nicht entstanden sein, welcher zur Zeit der Schaden drohenden Handlung nicht im Stande war geschädigt zu werden; ein erst später begonnenes Geschäft kann nicht schon vor seinem Beginn geschädigt sein. Der Nachtheil kann nur darin bestehen, daß die Verhältnisse, unter denen der Betrieb begonnen wird, sich ungünstiger gestaltet haben. Die Folge dieser Aenderung der Verhältnisse kann aber nur das Entgehen eines Gewinns sein, für welchen die Grundlage noch nicht besteht. Deshalb kann derjenige, welcher unter falscher Reklame z. B. einen „Ausverkauf" veranstaltet hat, demjenigen zum Schadensersatz an sich nicht verpflichtet werden, der nach der Beendigung des Ausverkaufs ein Geschäft erst anfängt. Ueber Fortwirkung und Wiederholung der Reklame s. unter VII.

VI. Der Beklagte.

Beklagter ist derjenige, der die falsche Reklame verursacht hat. „Der Anspruch richtet sich," ist in den Motiven gesagt, „gegen denjenigen, der unwahrer Angaben sich schuldig gemacht hat, mag er der Inhaber oder der Angestellte, Gehülfe, Reisende eines Geschäfts sein; auch dritte Personen, welche zu Gunsten eines Erwerbsgeschäfts unwahre Angaben verbreiten, werden von dem Anspruch getroffen."

Im Entwurf war der Abs. 2 dahin ausgedrückt, daß der Schadensersatzanspruch sich „gegen den Urheber der Angaben" richte (der erste Abs. lautete in dieser Beziehung ebenso wie das Ges.), die Reichstagskommission änderte diese Ausdrucksweise in die Worte „gegen denjenigen, der die Angaben gemacht hat", „weil durch die Einschränkung der Haftpflicht auf den Urheber der Angaben der ganze Zweck des § 1 in Frage gestellt werde". — Passiv legitimirt ist also, wer die falsche Angabe gemacht hat. Ist sie durch die Handlungen mehrerer zu Stande gekommen, so haften die Thäter sämmtlich und zwar solidarisch (§ 29 A. L.R. I, 6, § 840 Abs. 1 B. G.B.).

Mehrere Personen können sich als Mitthäter z. B. auf Grund vorheriger Verabredung verantwortlich machen. Sie können aber auch in dem Verhältniß von Anstifter, Angestifteten und Gehülfen stehen. In dieser Beziehung sind die Grundsätze des Strafrechts über die Theilnahme an einer unerlaubten Handlung auch im Civilrecht anzuwenden, Reichsgerichts-Entsch. Bd. 23, 161 (s. auch § 830 Abs. 2 B. G.B., wonach „Anstifter und Gehülfen den Mitthätern gleichstehen"). Doch ist im Civilrecht, welches den Thäter auch für Fahrlässigkeit und im Fall des § 1 Abs. 1 sogar ohne sein Verschulden verantwortlich macht, die Mitthäterschaft auch in den Fällen anzunehmen, in denen das Strafrecht sie wegen mangelndem Dolus ausschließt.

Als Anstifter gilt derjenige, welcher, wenn auch nur im Allgemeinen, die unwahre Reklame angeregt hat, welcher den eigentlichen Thäter durch Aufforderung, Ueberredung, durch Bitten, durch Anbieten einer Wette rc. bestimmt hat. Nicht strafbar, wohl aber civilrechtlich verantwortlich ist er, wenn die Anstiftung durch eine fahrlässige Aeußerung, überhaupt durch Fahrlässigkeit veranlaßt hat.

Als Gehülfe ist anzusehen, wer dem Thäter bei der Ausübung der That durch Rath oder That behülflich ist, die That aber nicht als seine eigene, sondern als die eines andern will. Will er die That als seine eigene, so ist er Mitthäter, mag seine Betheiligung an der Ausführung auch nur eine geringe sein. Der Prinzipal, der seinen Angestellten bei der von diesem im Interesse des ersteren angeregten Reklame unterstützt, ist daher Mitthäter, der Angestellte, welcher den Prinzipal unterstützt, in der Regel nur Gehülfe. Im Effekt stehen sich übrigens civilrechtlich Mitthäter und Gehülfe gleich.

Das Civilrecht geht auch hinsichtlich der nachträglichen Genehmigung weiter, als das Strafrecht. Was ein Dritter ohne Willen des Gewerbetreibenden zum Zweck einer falschen Reklame für ihn vornimmt, kann den letzteren an sich nicht verantwortlich machen. Macht z. B. A unwahrer Weise bekannt, daß B eine große Sendung Karawanenthee erhalten habe, die er zur Hälfte des sonst üblichen Preises verkaufe, so kann B zwar die Berichtigung dieser Mittheilung nach § 11 des Preßgesetzes von dem Redakteur der Zeitung verlangen, in welcher die Reklame veröffentlicht ist, er kann auch die Bestrafung des B auf Grund des § 4 beantragen, wenn A wider besseres Wissen gehandelt hat, verpflichtet ist er hierzu aber nicht. Eignet er sich jedoch

die Vortheile einer solchen, ohne oder auch wider seinen Willen gemachten, Reklame an, läßt er z. B. die in dem offenbaren Glauben an die Richtigkeit der Reklame ihm zuströmenden Käufer wissentlich in dem in ihnen hervorgerufenen Irrthum, so ist er, wie der Geschäftsherr der negotiorum gestio, für die Reklame civilrechtlich verantwortlich. Denn er hat dadurch die Reklame genehmigt. Eine solche Genehmigung hat rückwirkende Kraft (§§ 241, 251 A. L.R. I, 13; l. 152 § 2 D. 50, 17: In maleficio ratihabitio mandato comparatur; l. 1 § 14, l. 3 § 10 D. 43, 16; vgl. v. Holzschuher, Kasuistik II, 2 S. 981, v. Vangerow, Pandekten III § 664[III]). Die rückwirkende Kraft der Genehmigung beschränkt sich aber, wie gesagt, in ihren Folgen auf das Civilrecht, strafrechtlich kann die nachträgliche Genehmigung eines Delikts weder als Anstiftung (Oppenhoff, Kommentar zum St.G.B. Anm. 40 zu § 98), noch als Mitthäterschaft angesehen werden, letzteres deshalb nicht, weil zur Zeit der Verübung der That eine Betheiligung des Geschäftsherrn nicht bestand. Strafrechtlich kann die Genehmigung nur unter dem Gesichtspunkt der Begünstigung — § 257 St.G.B. — verantwortlich machen, wenn die in der Ausführung der Reklame bestehende Genehmigung in der Absicht geschieht, dem Urheber Vortheile zu gewähren; daß in diesem Fall der Geschäftsherr zugleich selbst und hauptsächlich Vortheile aus der That zieht, schließt den Thatbestand der Begünstigung nicht aus (R.G. i. Str. vom 18. Januar 1881 Entsch. Bd. 3, 255).

Civilrechtlich geht die Verantwortlichkeit auch insofern über die strafrechtliche hinaus, als auch derjenige haftbar ist, welcher „wissentlich etwas geschehen läßt, was er zu verhindern schuldig und vermögend ist" (§ 59 A. L.R. I, 6). Unter dieser Voraussetzung haftet der Prinzipal hauptsächlich für seine Angestellten und Dienstleute (§§ 61, 65 A. L.R. I, 6, für das gemeine Recht v. Holzschuher II, 2 S. 981 Anm., Glück, Kommentar zu den Pandekten Bd. 10 S. 419, v. Hertitzsch, Entscheidungen Nr. 205, vgl. § 831 B.G.B.), z. B. wenn er seinem Kommis oder Lehrling, der sich um seine Gunst bewerben will, nicht verbietet, die unrichtige Reklame durch Aushang eines Plakats im Schaufenster vorzunehmen: Der Kaufmann ist verpflichtet und im Stande, dies Reklameschild zu beseitigen, denn er ist allein berechtigt und in der Lage, zu bestimmen, was an und in seinem Laden sich befinden soll. Verbietet er eine solche Handlung nicht, so ist

er dafür verantwortlich, zumal er sich dieselbe durch seine Unterlassung aneignet. Auch wenn ein Dritter eine solche Handlung im Laden des Kaufmanns vornimmt, trägt letzterer die gleiche Verantwortlichkeit, wie der Thäter, wenn er das Plakat nicht beseitigt. Veröffentlicht der Angestellte ohne Willen des Prinzipals eine falsche Reklame durch die Zeitung, so ist der Geschäftsherr verpflichtet, soviel an ihm liegt, den Untergebenen zum öffentlichen Widerruf der Reklame zu veranlassen oder den Widerruf selbst vorzunehmen, um den schädigenden Zustand zu redressiren (§ 79 A.L.R. I, 6, § 249 B.G.B.). Der Angestellte, der, wenn auch in guter Absicht, seinen Prinzipal in den Verdacht bringt, geschäftliche Lügen veröffentlicht zu haben, handelt dem Dienstvertrage entgegen, wenn er diesen Verdacht nicht beseitigt.

Für die falsche Reklame ist der Thäter verantwortlich, wenn die Handlung im Inlande begangen ist (über den Begriff des Inlandes s. oben unter V 5), ohne Unterschied ob der Thäter ein In- oder ein Ausländer ist und ob er im Inlande eine Hauptniederlassung hat oder nicht. Ist die Handlung im Auslande begangen, so kann der Ausländer nur nach den Gesetzen des Auslandes, nicht nach dem hiesigen Gesetz civilrechtlich in Anspruch genommen werden, denn die Frage, ob eine Handlung unerlaubt ist, entscheidet sich nach dem Ort, wo sie begangen ist (Bar, Internationales Privat- und Strafrecht S. 320, Reichsgerichts-Entsch. Bd. 37, 181). Der Reichsangehörige ist aber im Gegensatz zu der beschränkten strafrechtlichen Verantwortlichkeit — §§ 4—6 St.G.B. — civilrechtlich auch im Auslande den deutschen Gesetzen unterworfen und civilrechtlich daher verantwortlich, wenn er ein deutsches Verbotsgesetz übertritt, Entsch. des Preuß. Obertrib. Bd. 9, 381 und Bd. 66, 270, des Reichsgerichts Bd. 18, 29ff., Förster-Eccius I § 11, Bornemann, Erörterungen Heft I S. 111. (Das Einführungsgesetz zum B. G.B. enthält im Art. 12 nur die Bestimmung „Aus einer im Ausland begangenen unerlaubten Handlung können gegen einen Deutschen nicht weitergehende Ansprüche geltend gemacht werden, als nach den deutschen Gesetzen begründet sind.“)

VII. Die Verjährung.

Sowohl der Schadens-, wie der Unterlassungsanspruch sind einer kurzen Verjährung unterworfen, weil die Zulassung der Klage nach einer längeren Zeit im Allgemeinen „nur der Chikane den Weg bahnen

würde", und „mit der Rücksicht auf die Lage dessen, der in Anspruch genommen wird, ebensowenig zu vereinen wäre, wie sie durch die Interessen des Berechtigten erfordert wird" (Motive). Als Vorbild haben die Vorschriften der §§ 54, 55 A. L.R. I, 6 und der Preuß. Deklaration vom 31. März 1838, des § 151 des Preuß. Berggesetzes vom 24. Juni 1865, sowie des § 852 B. G.B. gedient; vgl. auch § 8 des Haftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871, § 39 des Patentgesetzes vom 7. April 1891, §§ 33, 34 des R.Ges. vom 11. Juni 1870, § 16 des R.Ges. vom 9. Januar 1876, § 14 des R.Ges. vom 11. Juni 1876, § 16 des R.Ges. vom 11. Januar 1876.

Die Verjährungsfrist dauert höchstens drei Jahre, die Verjährung kann aber schon vorher eingetreten sein, wenn der Berechtigte innerhalb sechs Monaten, nachdem er von der Handlung und dem Thäter Kenntniß erhalten, nicht geklagt hat (Antragsverjährung). Die Verjährung des Ersatzanspruchs beginnt aber erst von dem Zeitpunkt an, in welchem der Schade entstanden ist, ohne Rücksicht darauf, ob der Berechtigte vor diesem Zeitpunkt von der Handlung und dem Thäter Kenntniß hatte oder nicht; die Schadensklage kann daher noch nach einem längeren als dem dreijährigen Zeitraum seit der Begehung der Handlung geltend gemacht werden; denkbar ist es sogar, daß dieser Zeitraum mehr als die sonst gewöhnliche Frist von 30 Jahren beträgt. Die Verjährung beginnt von dem Zeitpunkt der Verübung der That bezw. der Kenntnißnahme Seitens des Klägers. Ob der Tag, an welchem die That begangen bezw. die Kenntniß erlangt ist, in die Frist einzurechnen ist, ist nach römischem und preußischem Recht streitig. Ist die Kenntniß am 1. Juni erlangt, so fragt es sich, ob der 30. November oder der 1. Dezember den Endpunkt der Frist bildet. Im gemeinen Recht gilt der 30. November, im preußischen der 1. Dezember als Endpunkt der Frist. (Windscheid § 103 Anm. 12; Förster-Eccius § 45 Anm. 7 und § 57, § 547 A. L.R. I, 9, Entsch. des Obertrib. Bd. 82, 26). Das Reichsgericht nimmt jedoch ohne Rücksicht auf die einzelnen Partikularrechte an, daß die civilrechtlichen Verjährungsfristen der Reichsgesetze erst mit dem Anfang des Tages beginnen, welcher auf den Tag folgt, an dem das die Frist in Lauf setzende Ereigniß stattgefunden hat (Entscheidung vom 8. Februar 1884, Bd. 11, 44 ff.) und ebenso wird nach § 187 Abs. 1 B. G.B. der Anfangstag nicht mitberechnet, sodaß in dem an-

geführten Beispiele die Verjährung mit dem Ende des 1. Dezember abgelaufen ist, wogegen im Strafrecht sowohl die Frist der eigentlichen Verjährung, wie auch die dreimonatige Antragsfrist von dem Tage an beginnt, an welchem das Ereigniß stattgefunden bezw. die Kenntniß erlangt ist, Entsch. in Strafsachen vom 25. Juni 1886 in der Rechtspr. Bd. 8, 493 (vgl. im Einzelnen die Gesetze und die Litteratur, die in der angeführten Entsch. des R.G. vom 8. Februar 1884 angegeben ist).

Die Verjährung beginnt mit der Erlangung der Kenntniß, also mit dem Zeitpunkt, in welchem die Person des Thäters und die von ihm verübte Handlung, im Fall der Schadensklage mit dem Zeitpunkt, in welchem außerdem der Eintritt des Schadens und der Kausalnexus zwischen der Entstehung des Schadens und der Handlung des Thäters zur Wissenschaft des Verletzten gekommen sind. Die Kenntniß muß eine sichere, d. h. es müssen die einzelnen Thatsachen in solcher Weise glaubhaft zur Kenntniß des Verletzten gelangt sein, daß ein vernünftiger Mensch dieselben glauben wird, eine bloße Vermuthung oder ein Verdacht genügen nicht, Entsch. des Obertrib. im Arnsberger Archiv Bd. 10, 25, in Striethorst's Archiv Bd. 25, 236, Bd. 76, 46, Entsch. d. Reichsgerichts vom 10. März 1883, vom 18. Februar und 13. Oktober 1888 in Daubenspeck's bergrechtlichen Entsch. S. 386 ff., 388 ff. Ist eine Handelsgesellschaft, eine Korporation verletzt oder klagt ein zur Förderung gewerblicher Interessen gebildeter Verband, so ist der Zeitpunkt entscheidend, in welchem die zur Vertretung befugte Person und, wenn die Vertretung nur durch mehrere Personen vorgenommen werden kann, diese sämmtlichen Personen die Kenntniß erlangt haben, Entsch. des Reichsgerichts vom 4. Mai 1883 in Blum und Braun, Annalen des R.G. Bd. 8, 7. Da mehrere Personen an der falschen Reklame — als Mitthäter, Anstifter, Gehülfen — betheiligt sein können, kann der Anspruch gegen die eine Person verjährt sein, ohne dies auch gegen die andern zu sein.

Die fortgesetzte Schadenszufügung oder Schadensbedrohung darf nicht, wie Hauß Anm. zu § 11 annimmt, aus dem Gesichtspunkt der strafrechtlichen fortgesetzten Strafthat betrachtet werden, sie ist nicht als ein einheitlicher Akt anzusehen. Es ist jedoch zu unterscheiden, ob dieselbe Handlung in der Folge einen neuen Schaden verursacht, oder ob die schädigende Handlung wiederholt wird, also ob die Handlung eine

fortwirkende oder eine fortgesetzte ist. Im erstern Falle liegt nur eine einzige Handlung vor, deren Verjährung beginnt, sobald der Berechtigte von der Handlung, dem Thäter und dem ersten Eintritt eines Schadens Kenntniß erhält. Wird dagegen dieselbe Handlung wiederholt, so sind mehrere Handlungen verübt, von denen jede die Verjährung selbständig in Lauf setzt. Denn während das Strafrecht, wenigstens nach der gegenwärtig vom Reichsgericht inaugurirten Praxis, die Mehrzahl selbständiger Handlungen als ein einheitliches Delikt ansieht, wenn unter ihnen ein derartiger thatsächlicher und geistiger Zusammenhang besteht, daß jede nachfolgende Handlung als eine Fortsetzung der vorhergehenden erscheint, kann das Civilrecht eine Einheitlichkeit solcher Handlungen, zwischen denen ein thatsächlicher und geistiger Zusammenhang besteht, schon deshalb nicht anerkennen, weil die den geistigen Zusammenhang bedingende Absicht weder für die Unterlassungs-, noch für die Schadensklage in Betracht kommt, die Civilansprüche vielmehr im Allgemeinen ohne Voraussetzung des dolus gegeben sind. Es sind daher hinsichtlich der Verjährungsfrage die Einzelhandlungen gesondert zu behandeln und, soweit es sich um den Schadensanspruch handelt, die aus den Einzelhandlungen sich ergebenden Schadensansprüche in der Weise zu sondern, daß der Schade, der aus der verjährten Handlung entstanden ist, nicht geltend gemacht, der Schade aber, der durch die nichtverjährte Handlung verursacht ist, noch verfolgt werden kann, Urth. des Obertrib. vom 16. April 1833 Entsch. Bd. 4, 15 und in der Jur. Wochenschr. 1843 S. 309, vom 23. August 1845 in Ulrich's Archiv Bd. 13, 78, vom 30. September 1872 in Brassert's Zeitschrift f. Bergrecht Bd. 15, 114, vom 18. September 1874 und 22. Februar 1875 in Striethorst's Archiv Bd. 92, 258 und Brassert's Zeitschr. Bd. 16, 500 und Bd. 17, 264; Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 16, 176, des Reichsgerichts vom 9. Oktober 1882 in Gruchot's Beiträgen Bd. 27, 1012 und Daubenspeck's bergrechtl. Entsch. S. 276ff., vom 12. Januar 1884 in Blum's und Braun's Annalen Bd. 9, 364 und vom 8. Mai 1886 Entsch. Bd. 16, 12. Der Plenarbeschl. des Obertrib. vom 20. März 1846, welcher zu dem dem Sinn und Wortlaut nach mit dem § 11 gleichen § 54 A. L.R. I, 6 erging, lautete: „Die dreijährige Verjährung des Anspruchs auf Ersatz eines außerhalb dem Falle eines Kontrakts erlittenen Schadens trifft auch in den Fällen das ganze Recht, wo der aus einer Handlung entstandene, dem Beschädigten be-

kannt gewordene Schade so beschaffen ist, daß er, obwohl in wechselndem Umfang, sich auch in der Zukunft erneuert." Hierüber sagt das Reichsgericht in der Entsch. vom 9. Februar 1882: „Dieser Plenarbeschluß bezieht sich aber nur auf diejenigen Fälle, wo der Schade aus einer einmaligen, vollendeten Handlung entsteht, deren schädliche Folgen sich auch in der Zukunft erneuern, nicht aber auf solche Fälle, in denen mehrere wiederkehrende Handlungen, eine jede für sich, Schaden verursachen; in diesen Fällen ist die dreijährige Verjährung erst von dem Zeitpunkt an zu berechnen, wo das Dasein und der Urheber dieses späteren Schadens zur Kenntniß des Beschädigten gelangt sind." — Es kann aber unter Umständen zweifelhaft sein, ob die Fortwirkung oder die Wiederholung der unerlaubten Handlung in Frage steht: Die Reklame, welche durch die Zeitung veröffentlicht ist, stellt nur eine einzige Handlung dar, auch wenn das Zeitungsblatt, z. B. in einer Wirthschaft aufbewahrt, in späterer Zeit dem im Wirthshause verkehrenden Publikum vom Wirth wieder vorgelegt wird; dagegen sind mehrere Handlungen verübt, wenn, obgleich auf Grund eines einzigen, auf wiederholte Insertion gerichteten, Auftrags dieselbe Reklame mehrmals veröffentlicht wird, denn durch die Ertheilung des Auftrags wird die Verübung der Reklame hinsichtlich jeder einzelnen Veröffentlichung nur versucht, während die Handlung erst durch die Veröffentlichung vollendet, also verübt ist. Durch den Aushang eines Reklamezettels im Laden, durch die Anheftung desselben an einer Anschlagssäule wird die Reklame wiederholt, d. h. an jedem Tage verübt, an welchem der Aushang bezw. die Anheftung besteht. Denn durch eine dauernde Veröffentlichung geschieht die Veröffentlichung stets von Neuem und wird die Reklame daher stets von Neuem begangen: Eine mündliche Reklame, die sich als eine für einen größern Kreis von Personen bestimmte Mittheilung nur dadurch darstellt, daß sie, ohne für mehrere Personen hörbar, an mehrere Personen einzeln gemacht ist, ist nicht verjährt, wenn einzelne der Handlungen noch nicht verjährt sind, mag auch der besondere Schade, dessen Entstehung in einer verjährten Handlung seine Ursache hat, nicht weiter verfolgt werden können.

Da der § 11 nicht eine Präklusiv-, sondern eine Verjährungsfrist statuirt, so sind die allgemeinen Grundsätze des Landesrechts, demnächst des B. G.B. §§ 202 ff., über die Verjährung, insbesondere über

den Stillstand, die Unterbrechung, die Hinderung des Anfangs und der Fortsetzung der Verjährung maßgebend (Hauß Anm. zu § 11, vgl. Entsch. des Reichsgerichts vom 22. Februar 1882 in Brassert's Zeitschr. Bd. 24, 107 und Entsch. Bd. 16, 8ff.). Der Umstand jedoch, daß der Kläger das ihn zur Klage legitimirende Gewerbe erst nach Begehung der That begonnen hat, kann den Beginn der Verjährung nicht deshalb aufhalten, weil der Kläger nicht klagen konnte, denn in diesem Fall handelt es sich nicht um ein der Rechtsverfolgung entgegenstehendes Hinderniß, sondern lediglich um den Mangel der Klagelegitimation.

Die Verjährung des Schadensanspruchs wird durch Zustellung der Unterlassungsklage nicht unterbrochen, denn für die Unterlassungsklage kommt es lediglich auf die Frage an, ob der Beklagte eine unrechtmäßige Handlung begangen hat, die Schadensklage setzt aber außerdem voraus, daß dem Kläger durch diese Handlung ein Schade entstanden ist, vgl. Entsch. des Obertrib. vom 22. April 1850 Bd. 19, 3, Präjudiz. Nr. 2197, dagegen wird die Verjährung des Unterlassungsanspruchs durch die Zustellung der Schadensklage unterbrochen, weil die Grundlage und der Thatbestand der ersteren in der Ersatzklage enthalten ist. Aber weder die Schadens-, noch die Unterlassungsklage wird durch Stellung des Strafantrags oder durch Erhebung der Privatklage oder durch den Antrag auf Zuerkennung einer Buße im Strafverfahren unterbrochen, denn die im Civil- und die im Strafverfahren geltenden Grundsätze sind inhaltlich nicht identisch, Urth. des Reichsgerichts vom 8. Mai 1886, Entsch. Bd. 16, 15, 16.

Ist die sechsmonatige bezw. dreijährige Frist verstrichen, so ist jeder Anspruch aus der unberechtigten Handlung erloschen. Auch wegen unberechtigter Bereicherung kann der Thäter nicht mehr in Anspruch genommen werden. Hauß will den Anspruch auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung nur der ordentlichen 30jährigen Verjährung unterwerfen. Aber der letzte Absatz der Preuß. Deklaration vom 31. März 1838, wonach, „wenn der Beschädiger sich zugleich mit dem Schaden eines andern einen Vortheil verschafft hat, die ordentliche Verjährung eintritt, soweit der Anspruch des Beschädigten die Höhe jenes Vortheils nicht übersteigt", ist in das Gesetz nicht aufgenommen, ein Anspruch auf Bereicherung ist außerdem, wie oben erörtert, gesetzlich überhaupt nicht zulässig, und überdies sind im § 11 alle „Ansprüche auf Unterlassung oder Schadensersatz" ohne Aus-

nahme der kurzen Verjährung unterzogen. Dies ist auch in den Motiven angenommen, wenn darin ohne jede Unterscheidung gesagt ist, daß die Möglichkeit, noch weiter zurück liegende Vorgänge zur richterlichen Entscheidung bringen zu können, weder mit der Lage des Beklagten zu vereinen sei, noch durch das Interesse des Berechtigten gefordert werde. Auch nach dem Inkrafttreten des B.G.B. ist ein Bereicherungsanspruch nach Ablauf der Verjährungszeit nicht zulässig. Denn der § 852 Abs. 2: „Hat der Ersatzpflichtige durch die unerlaubte Handlung auf Kosten des Verletzten etwas erlangt, so ist er auch nach der Vollendung der Verjährung nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet," kann hier nicht zur Anwendung kommen, weil dieser Bereicherungsanspruch — §§ 812 ff. — voraussetzt, daß die Bereicherung auf Kosten des Verletzten entstanden ist, in den Fällen der unrichtigen Reklame aber ein Vermögenswerth nicht aus dem Vermögen des Verletzten in dasjenige des Beklagten gelangt sein kann, und weil der § 11, welcher die Ansprüche aus dem § 1 der kurzen Verjährung unterwirft, ohne die etwaige Bereicherungsklage auszunehmen, nach Art. 32 des Einführungsgesetzes zum B.G.B. unberührt bleibt.

Aus der Erwägung, daß nach Ablauf der Verjährungszeit alle Ansprüche aus der unwahren Reklame erloschen sind, folgt jedoch nicht das Recht des Thäters, die Reklame wiederholen zu dürfen, denn eine unerlaubte Handlung kann nicht deshalb zu einer erlaubten werden, weil der Thäter nicht zur Verantwortung gezogen ist, und die Ersitzung gegen ein Verbotsgesetz ist gesetzlich nicht zulässig, § 664 A.L.R. I, 9, vgl. Urth. des Reichsgerichts vom 8. Mai 1889, Entsch. Bd. 25, 6.

VIII. Die Geltendmachung des Anspruchs.

1. Die Prozeßfähigkeit.

Für den Gewerbetreibenden, welcher nicht selbst prozeßfähig ist, wird die Klage von dem gesetzlichen Vertreter erhoben. Hat der Vater oder unter Genehmigung des Vormundschaftsgerichts der Vormund einem Minderjährigen den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts gestattet, so ist der Minderjährige zwar nach § 5 des Preuß. Gesetzes vom 12. Juli 1875 zur selbständigen Vornahme derjenigen Rechtsgeschäfte fähig, welche der Betrieb des Erwerbsgeschäfts mit sich bringt,

seine Prozeßfähigkeit ist jedoch in diesem Falle nicht erhöht. Denn es ist ihm nur der Generalkonsens für alle, das Gewerbe betreffende, Rechtsgeschäfte ertheilt, der § 51 C.P.O. setzt aber als Bedingung der Prozeßfähigkeit die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit voraus, welche durch die allgemeine Erlaubniß zur Betreibung von Geschäften bestimmter Art nicht erworben wird (Motive zum B. G.B. I. Lesung Bd. I S. 143. A. M. v. Wilmowski u. Levy, Komment. zur C. P.O. Anm. 1 zu § 51 und Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht Bd. 1 § 26 Anm. 9). Anders gestaltet sich die Rechtslage des Minderjährigen in den Fällen dieser Art nach § 112 Abs. 1 B. G.B.: „Ermächtigt der gesetzliche Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts den Minderjährigen zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, so ist der Minderjährige für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, welche der Geschäftsbetrieb mit sich bringt. Ausgenommen sind Rechtsgeschäfte, zu denen der Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf." Da hiernach die Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen zu einer unbeschränkten gesteigert ist, so ist der Minderjährige nach § 51 C. P.O. auch prozeßfähig und demnach hinsichtlich des ihm zur selbständigen Betreibung überlassenen Gewerbes fähig, die Rechtsakte, welche der Geschäftsbetrieb mit sich bringt, im Civilprozeß vorzunehmen. Gegenwärtig kann der Minderjährige, welchem der selbständige Betrieb eines Gewerbes gestattet ist, die Unterlassungs- und Schadensklage nur durch seinen gesetzlichen Vertreter, vom 1. Januar 1890 kann er die Klagen selbständig erheben.

2. Die Geltendmachung im Civilprozeß.

a) Die Unterlassungs- und die Schadensklage können kombinirt werden. Der Ersatzanspruch steht dem Gewerbetreibenden nach dem Wortlaut des Gesetzes zwar *neben* dem Anspruch auf Unterlassung zu, doch ist damit nur gesagt, daß er ihm außer dem Unterlassungsanspruch zusteht. Der Kläger kann daher, wenn die sonstigen Voraussetzungen vorliegen, wählen, ob er nur einen der beiden Ansprüche oder beide zugleich verfolgen will.

Da der Ersatzanspruch nicht ein Accessorium des Unterlassungsanspruchs, sondern, auf weitergehenden Voraussetzungen beruhend, selbständiger Natur ist, so muß er, auch wenn er zugleich mit dem Unterlassungsanspruch erhoben wird, unter Angabe der Höhe des

Schadens geltend gemacht werden, der Kläger ist nicht berechtigt, die Feststellung der Ersatzpflicht unter Vorbehalt der Liquidation des Schadens zu fordern (Reichsgerichts-Entsch. Bd. 21, 382, Bd. 23, 34 und 346). Das Gericht kann jedoch nach § 276 Abs. 1 C.P.O. anordnen, daß zunächst über den Grund des Anspruchs verhandelt und entschieden werde.

Da die Verjährung beider Ansprüche nicht immer von demselben Zeitpunkt an beginnt, die Verjährung des Ersatzanspruchs z. B. — § 11 Abs. 2 — nicht vor der Entstehung des Schadens anfangen kann, so kann unter Umständen die Ersatzklage begründet sein, während der Unterlassungsklage die Einrede der Verjährung entgegengesetzt werden kann.

b) Den Beweis der Thäterschaft hat der Kläger zu führen, wie ihm auch, wenn er Schadensersatz fordert, der Beweis der Entstehung, der Höhe des Schadens, des ursächlichen Zusammenhangs der Reklame mit der Entstehung des Schadens, sowie der Thatsache obliegt, daß der Kläger die Unrichtigkeit der Reklame kannte oder kennen mußte.

Die Person des Thäters wird sich in der Regel aus der Bekanntmachung ergeben. Inserate lassen aber zuweilen den Urheber nicht erkennen, zumal es selbst bei angesehenen Zeitungen üblich ist, Gewerbetreibende, die der Zeitung viele und theuere Inserate zuwenden, sogar im redaktionellen Theile lobend und mitunter mehr als lobend hervorzuheben. In Fällen dieser Art kommen, wenn die Reklame nach § 4 strafbar ist, die oben über die §§ 20, 21 des Preßgesetzes gemachten Erörterungen zur Anwendung.

c) Einstweilige Verfügungen. Der Gewerbetreibende kann zur Sicherung sowohl des Schadens-, wie des Unterlassungsanspruchs den Erlaß einer einstweiligen Verfügung, zur Sicherung des Schadensersatzanspruchs auch den Erlaß des Arrestes beantragen. Zur Sicherung des Unterlassungsanspruchs ist der Arrest nicht zuläßig, weil dieser Anspruch nicht in einer Geldforderung besteht, zu deren künftiger Beitreibung der Arrest dient — § 796 C.P.O.

Maßgebend für die Anordnung dieser prozessualen Maßregeln ist die Civilprozeßordnung. Für den Unterlassungsanspruch sind aber durch den § 3 des Gesetzes dem Kläger weitergehende Rechte gegeben.

Zur Sicherung des Anspruchs auf Unterlassung bedarf es einer einstweiligen Verfügung an sich nicht. Denn die Verwirklichung dieses

Rechts auf eine bloße Negative kann dem Kläger nicht vereitelt werden, dieses Recht kann vielmehr, sobald das Urtheil vollstreckbar ist, ohne Weiteres durch Festsetzung der angedrohten Strafe verwirklicht werden. Das Gesetz meint jedoch eine solche Sicherstellung nicht, und die unrichtige Ausdrucksweise darf nicht dahin führen, durch Anhaften an dem Wortlaut den Zweck des Gesetzes illusorisch zu machen. Die Unterlassungsklage ist das Rechtsmittel zur Abwendung des drohenden Schadens, wie die Schadensklage das Rechtsmittel zur Redressirung des entstandenen Schadens ist, dem Gewerbetreibenden ist im § 1 Abs. 1 die Befugniß gegeben, sich gegen den durch die unrichtige Reklame drohenden Schaden durch die Unterlassungsklage zu schützen, es ist ihm also das Recht gegeben, den drohenden Schaden abzuwenden. Dieses Recht, den drohenden Schaden abzuwenden, soll durch die einstweilige Verfügung gesichert werden. Die Motive sagen in dieser Beziehung: „Es wird häufig darauf ankommen, eine gegen das Gesetz verstoßende Form der geschäftlichen Ankündigung möglichst schnell und, ehe sie andern Gewerbetreibenden Schaden zufügen kann, zu beseitigen. Um diesen Weg noch gangbarer zu machen, soll gemäß § 3 des Entwurfs der Erlaß einer einstweiligen Verfügung an die Voraussetzungen der §§ 814 und 819 C.P.O. nicht gebunden sein."

Der Zweck der einstweiligen Verfügung besteht hiernach darin, der Entstehung des drohenden Schadens schon vor dem Erlaß des Urtheils vorzubeugen. Die zu diesem Zweck zu erlassenden Anordnungen können in einer Antizipirung des Erfolgs der Unterlassungsklage bestehen: Durch das Urtheil wird dem Beklagten aufgegeben, die unrichtigen Angaben zu unterlassen, und nach § 13 Abs. 4 kann dem Kläger die Befugniß zugesprochen werden, den verfügenden Theil des Urtheils zu veröffentlichen; durch die einstweilige Verfügung kann daher gegen den Beklagten ein solches Verbot bei Vermeidung einer bestimmten Strafe ausgesprochen, das Verbot selbst aber durch die Zeitungen, durch Ausruf, auch durch Aushang vor oder im Laden oder Schaufenster bekannt gemacht werden. Durch die einstweilige Verfügung dürfen aber auch weitergehende Anordnungen, es dürfen alle Maßregeln getroffen werden, durch die der drohende Schade wirksam abgewendet wird. Diese Maßregeln können in einem unter Androhung bestimmter Strafen ergehenden Verbot bestehen, die angepriesene Waare zu verkaufen, sie können

sogar in der Schließung des Geschäfts bestehen. Dies Verbot, wie auch die Schließung des Geschäfts, dürfen aber nur auf bestimmte Zeit angeordnet werden, weil die Reklame nach einiger Zeit ihre Wirkung von selbst verliert und die einstweilige Verfügung nicht über ihren Zweck hinaus zu unnöthiger Schädigung des Beklagten führen darf; das Verbot oder die Schließung des Geschäfts darf nicht erfolgen, wenn der Inhaber des angepriesenen Geschäfts an der Reklame unbetheiligt ist.

Die Erleichterung, die der § 3 gewährt, besteht darin, daß die einstweilige Verfügung erlassen werden darf, auch wenn die in den §§ 814 und 819 C.P.O. bezeichneten Voraussetzungen nicht vorhanden sind. Diese Voraussetzungen sind 1. nach § 814 die Besorgniß, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte, d. h. hier die Besorgniß, daß der drohende Schade eintreten werde, 2. nach § 819 der Zweck der Abwendung wesentlicher Nachtheile, der Verhinderung drohender Gewalt 2c. Diese sonst erforderlichen Bedingungen brauchen nicht bescheinigt zu werden. Ergiebt sich aber aus der Sachlage, daß ein Schade nicht entstehen wird oder kann, so ist eine einstweilige Verfügung nicht zu erlassen. Daß ein Schade nicht eintreten kann oder wird, ist aber nicht ohne Weiteres dann anzunehmen, wenn die Reklame aus einem noch aufgeschobenen Angebot besteht, wenn z. B. bekannt gemacht wird, daß ein Ausverkauf um 50 % unter dem Einkaufspreis nach Ablauf der nächsten 6 Wochen stattfinden werde. Denn durch eine solche Ankündigung kann ein Theil des Publikums von anderweiten Einkäufen abgehalten und veranlaßt werden, mit der Befriedigung seiner Bedürfnisse bis zum Beginn des angekündigten Ausverkaufs zu warten. Die Ankündigung eines Ausverkaufs dagegen, der erst nach 6 Monaten stattfinden soll, wird regelmäßig zum Erlaß einer einstweiligen Verfügung keinen Grund abgeben.

Die sonstigen Voraussetzungen der einstweiligen Verfügung müssen dagegen vorliegen. Es muß daher glaubhaft gemacht werden, daß eine Reklame, wie sie der § 1 meint, gemacht, daß sie unwahr ist, daß der Beklagte die Reklame veranlaßt oder daran mitgewirkt hat, daß der Antragsteller ein zur Förderung gewerblicher Interessen bestehender, prozeßfähiger Verband oder ein Gewerbetreibender ist, welcher Waaren oder Leistungen gleicher oder verwandter Art vertreibt. Die Bescheinigung dieser

Voraussetzungen kann theilweise durch Sicherheitsleistung ersetzt werden, es kann der Erlaß der Verfügung auch dann von der Leistung einer Sicherheit abhängig gemacht werden, wenn die Voraussetzungen glaubhaft gemacht sind, §§ 815, 801 C.P.O. Die Aufhebung der einstweiligen Verfügung darf nur unter besonderen Umständen und nur gegen Kaution gestattet werden, § 18 C.P.O., die Aufhebung der Schließung des Geschäfts z. B. dann, wenn unter Kautionsleistung der Wegzug des Gewerbetreibenden nach einem entfernten Ort versprochen wird.

Die bestrittene Frage, ob der Antragsteller für den Schaden haftet, wenn die einstweilige Verfügung eine unrechtmäßige war, ist zu verneinen, wenn den Antragsteller kein Verschulden trifft und er keine Sicherheit geleistet hat. Trifft ihn ein Verschulden, so haftet er für allen Schaden; hat er, ohne daß ihn ein Verschulden trifft, Sicherheit geleistet, so haftet er in Höhe dieser Kaution, Th. Wolff in Gruchot's Beiträgen Bd. 38 S. 115 ff. u. 302 ff.

Für den Fall des § 3, also für die zur Sicherung des drohenden Schadens zu erlassenden einstweiligen Verfügungen ist außer dem Gericht der Hauptsache auch das Amtsgericht für zuständig erklärt, in dessen Bezirk die Reklame verübt ist. Die Kompetenz dieses Gerichts ist zugelassen, um zu verhindern, daß unter Umständen die Hülfe des Gerichts zu spät kommt, zumal in Fällen der landgerichtlichen Kompetenz durch Auswahl und Beauftragung eines bei dem Landgericht legitimirten Rechtsanwalts ein Zeitverlust entstehen kann. Namentlich Wanderausverkäufern gegenüber, deren Lokale wegen des Mangels der dauernden Bestimmung keine gewerblichen Niederlassungen sind, ist es von besonderer Wichtigkeit, ein Gericht angehen zu dürfen, dessen Zuständigkeit sofort erkennbar ist, da der Gewerbetreibende, der den Niederlassungs- bezw. den Wohnort des umherziehenden Händlers nicht kennt, häufig nicht im Stande ist, das eigentlich zuständige Gericht sofort festzustellen.

Lehnt das Amtsgericht den Erlaß der einstweiligen Verfügung ab, so ist das diesem Amtsgericht vorgesetzte Landgericht das zuständige Beschwerdegericht.

Das Amtsgericht, welches nicht gleichzeitig Prozeßgericht ist, ist als forum delicti commissi zuständig, ohne daß die Dringlichkeit des Falls glaubhaft zu machen ist. Der § 820 C.P.O. ist zwar nur für

die dringenden Fälle gegeben und in den Motiven ist gesagt, „daß für den Erlaß einstweiliger Verfügungen, wie im § 3 geschehe, gestattet werden müsse, soweit es sich um dringende Fälle handele, das Amtsgericht anzugehen, in dessen Bezirk die Handlung begangen ist", auch Hauß, Anm. 2 zu § 3 nimmt an, daß die Zuständigkeit des Amtsgerichts der begangenen That sich nur auf die dringenden Fälle beziehe. Das Gesetz hat diese Beschränkung jedoch nicht zum Ausdruck gebracht und aus dem Wortlaut, sowie aus dem ganzen Inhalt des Gesetzes geht das Gegentheil der in den Motiven ausgesprochenen Ansicht hervor. Denn indem es im ersten Satz die Zuständigkeit des Gerichts der Hauptsache voraussetzt und im zweiten Satz fortfährt „zuständig ist auch das Amtsgericht, in dessen Bezirk die den Anspruch begründende Handlung begangen ist", stellt es beide Fora ohne jede Beschränkung auf gleiche Stufe, der Nachsatz „im Uebrigen finden die Vorschriften des § 820 C.P.O. Anwendung" ist daher nicht auf die Zuständigkeitsfrage, sondern nur auf die übrigen Bestimmungen des § 820 zu beziehen. Außerdem ist zu erwägen, daß durch den Ausschluß der §§ 814, 819 gerade bestimmt ist, daß die Dringlichkeit weder zu bescheinigen, noch zu behaupten, daß die Dringlichkeit in den Fällen des § 1 Abs. 1 vielmehr stets zu präsumiren ist.

Im Uebrigen aber kommen die Vorschriften des § 820 zur Anwendung: Das Amtsgericht hat daher in der einstweiligen Verfügung eine Frist festzusetzen, innerhalb welcher der Gegner zur mündlichen Verhandlung über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung vor das Gericht der Hauptsache zu laden ist; nach fruchtlosem Ablauf der Frist hat das Amtsgericht auf Antrag die erlassene Verfügung aufzuheben; die Entscheidungen können ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Auf den Ersatzanspruch bezieht sich die Vorschrift des § 3 nicht, dieser Anspruch genießt daher in dieser Beziehung keinen andern Schutz wie jeder andere Schadensanspruch. Deshalb müssen, wenn der Erlaß einer einstweiligen Verfügung beantragt wird, die Voraussetzungen des § 814 vorliegen, das Vorhandensein derselben ist zu bescheinigen. Für den Erlaß der einstweiligen Verfügung zum Schutz des Ersatzanspruchs ist lediglich das Gericht der Hauptsache kompetent. Denn der § 820, welcher in dringenden Fällen die Zuständigkeit desjenigen Amtsgerichts begründet, in dessen Bezirk sich der Streitgegenstand befindet, kann

hier nicht zur Anwendung kommen, weil der Streitgegenstand im Sinne dieses § stets nur eine körperliche Sache ist, der Ersatzanspruch diesen Charakter aber ebensowenig hat, als die falsche Reklame. Selbstverständlich kommt aber der § 3, wenn der Ersatzanspruch mit dem Unterlassungsanspruch kombinirt wird, insoweit zur Anwendung, als es sich um Sicherung des Klägers gegen den drohenden Schaden handelt.

d) Die den Schadens- oder den Unterlassungsanspruch betreffenden Rechtsstreitigkeiten gehören nach § 15, sofern in erster Instanz die Zuständigkeit des Landgerichts begründet ist, vor die Kammer für Handelssachen, die Entscheidung über die Revision ist dem obersten Landesgericht — § 8 Abs. 2 des Einf.-Ges. zum G.V.G. — entzogen und dem Reichsgericht übertragen.

3. Die Geltendmachung im Strafprozeß.

Im Strafprozeß kann aus der falschen Reklame nicht der Anspruch auf Unterlassung, sondern nur der Anspruch auf Schadensersatz geltend gemacht werden. Der Ersatzanspruch aber kann im Strafprozeß verfolgt werden, denn nach § 14 des Gesetzes „kann neben einer nach Maßgabe dieses Gesetzes verhängten Strafe auf Verlangen des Verletzten auf eine an ihn zu erlegende Buße bis zum Betrage von zehntausend Mark erkannt werden."

Wie in anderen Fällen (Urth. des Reichsgerichts vom 6. Juli 1883, 29. November 1883, 25. April 1887 Rechtsprechung Bd. 5, 507, 734, Entsch. in Strafs. Bd. 15, 439, Stobbe, deutsches Privatrecht 3 S. 385 ff., Dernburg, Pr. Pr.R. 2 S. 187 ff., Mandry, Der civilrechtliche Inhalt des R.Ges. S. 488, Kohler, das Recht des Markenschutzes S. 402, Th. Wolff, Die Eintragung in das Grundbuch S. 52, u. A.; a. M. Weinrich, Haftpflicht S. 128 ff., Flesch im Gerichtssaal Bd. 28, 278 u. A.) ist auch hier die Buße keine Strafe, auch keine Nebenstrafe, sondern der im Strafprozeß verfolgte civilrechtliche Schadensersatz, denn es kann auf sie neben der Strafe erkannt werden, sie steht also außerhalb des Gebiets der Strafen. Deshalb ist auch die Begnadigung auf die erkannte Buße ohne Einfluß.

a) Da die Buße im Strafprozeß verfolgt wird, so geben die strafrechtlichen Grundsätze und Vorschriften diesem Anspruch ihr Gepräge. Deshalb ist der Anspruch auf Buße im Gegensatz zu dem im Civilprozeß verfolgbaren Ersatzanspruch unübertragbar. Denn nach

§ 444 Abs. 4 St.P.O. kann „der Anspruch von den Erben nicht erhoben oder fortgesetzt werden". Damit ist der Anspruch auf Buße als ein höchst persönlicher bezeichnet, welcher auch nicht cedirt, noch zum Gegenstand der Zwangsvollstreckung gemacht werden kann. Ist der Anspruch jedoch rechtskräftig festgestellt, so ist er ein Vermögensanspruch, der sich von andern Vermögensrechten nicht unterscheidet, und kann daher auf die Erben übergehen, kann cedirt und gepfändet werden. Solange der Anspruch aber nicht rechtskräftig festgestellt ist, geht er auch nicht passiv auf die Erben des Angeklagten über, er geht vielmehr unter, wenn der Angeklagte oder Verurtheilte vor dem Eintritt der Rechtskraft des Urtheils stirbt. Denn ein Strafurtheil kann nur bei Lebzeiten des Verurtheilten rechtskräftig werden § 30 St.G.B., § 497 Abs. 2 St.Pr.O., und die Festsetzung der Buße ist ein Theil des Straferkenntnisses (Oppenhoff, Kommentar Anm. 3 zu § 30 u. Anm. 26 zu § 188 St.G.B. A. M. Rubo Anm. 2 zu § 30 St.G.B. und Fuchs, Anklage und Antragsdelikte S. 61).

Da der Verletzte den rein persönlichen Anspruch auf Buße nur selbst verfolgen kann, so ist schon aus diesem Grunde das Verlangen eines Verbands des § 1 Abs. 1 auf Zuerkennung einer Buße an die Beschädigten unzulässig, vielmehr ist auch der Nebenkläger oder Privatkläger, der die Einleitung des Verfahrens erwirkt oder sich demselben angeschlossen, nur dann zur Geltendmachung dieses Anspruchs berechtigt, wenn er zugleich der Verletzte ist. Dies schließt selbstverständlich nicht aus, daß der gesetzliche oder beauftragte Vertreter den Anspruch für den Vertretenen erheben kann.

b) Auch für das Verfahren gelten nur die Grundsätze und Vorschriften der St.P.O. Die Buße kann im Privatklageverfahren gefordert werden, im öffentlichen Verfahren nur dann, wenn sich der Verletzte nach Maßgabe der §§ 443, 435 ff. St.P.O. der öffentlichen Klage als Nebenkläger angeschlossen hat.

Zur Erhebung der Privatklage ist nach § 414 Abs. 2 St.P.O. nur derjenige fähig, welchem in den Strafgesetzen das Recht, selbständig auf Bestrafung anzutragen, beigelegt ist, also derjenige, welcher das 18. Lebensjahr zurückgelegt hat, § 65 Abs. 1 St.G.B.; hat der Verletzte aber einen gesetzlichen Vertreter, so wird die Befugniß zur Erhebung der Privatklage nach § 414 Abs. 2 St.P.O. durch diesen ausgeübt. Der Minderjährige kann daher die Klage nicht erheben, wenn

er einen Vertreter oder Vormund hat, Motive zur St.P.O. S. 221, Löwe, Kommentar Anm. 5 zu § 414 St.P.O., Oppenhoff, Kommentar Anm. 5 zu § 188 St.G.B.

Ist dem Minderjährigen nach § 5 des Preuß. Ges. vom 12. Juli 1875 der selbständige Betrieb eines Erwerbsgeschäfts übertragen, so kann er gleichwohl nach jetzigem Recht eine Privatklage zum Schutz dieses Erwerbsgeschäfts auch gegen die falsche Reklame nicht persönlich erheben, zumal ihm, wie oben unter 1 erörtert ist, auch für den Civilprozeß die Prozeßfähigkeit fehlt. Zweifelhaft muß es aber sein, ob ein solcher Minderjähriger nicht nach § 112 Abs. 1 B.G.B., also vom 1. Januar 1900 an, die Privatklage zum Schutz des ihm übertragenen Erwerbsgeschäfts zu erheben fähig ist, da ihm nach den angeführten Erörterungen von jener Zeit an diese Fähigkeit im Civilprozeß zustehen wird. Wenn auch der Wortlaut des § 414 Abs. 3 St.P.O. der Zulassung eines solchen Minderjährigen zur Privatklage entgegensteht, so entspricht es doch dem Sinn und der Absicht des § 112 B.G.B., daß ein Minderjähriger, der „für alle Rechtsgeschäfte, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt, unbeschränkt geschäftsfähig ist", und welcher zur Verfolgung der Ansprüche aus der Verletzung des ihm übertragenen Geschäftsbetriebs im Civilprozeß befugt ist, auch selbständig zur Verfolgung derselben Ansprüche im Wege der Privatklage berechtigt ist. Jedenfalls ist aber in einem Fall dieser Art neben dem Minderjährigen auch dessen gesetzlicher Vertreter und zwar auch gegen den Willen des ersteren zur Privatklage berechtigt (vgl. § 65 Abs. 2 St.G.B.).

Soweit die Fähigkeit und Berechtigung zur Anstellung der Privatklage besteht, ist sie nach §§ 443, 435 St.P.O. auch zur Erhebung der Nebenklage vorhanden.

Sowohl für die Nebenklage, wie für die Privatklage kommen nach § 446 St.P.O. die §§ 444, 445 St.P.O. zur Anwendung. Darnach kann — § 444 Abs. 1 — der Antrag auf Zuerkennung einer Buße nur bis zur Verkündung des Urtheils erster Instanz gestellt werden, mag dies verurtheilend oder freisprechend sein. Wird die Sache in der Revisionsinstanz zur nochmaligen Verhandlung in die erste Instanz zurückverwiesen, so kann der bisher nicht gestellte Antrag auf Zuerkennung einer Buße in der erneuten Hauptverhandlung und zwar sogar dann nachgeholt werden, wenn die Revision vom Angeklagten eingelegt war — Entsch. des Reichsgerichts vom 25. April 1887,

Rechtspr. Bd. 9, 279, Entsch. in Strafs. Bd. 15, 439 —, denn in diesem Fall gilt das aufgehobene Urtheil als nicht gesprochen.

Der Antrag kann — § 444 Abs. 2 — bis zur Verkündigung „des Urtheils" zurückgenommen werden, d. h., wie sich aus dem Zusammenhang der beiden ersten Absätze des § 444 ergiebt, bis zur Verkündigung des Urtheils erster Instanz, während Löwe Anm. 1c zu § 444 St.P.O. die Zurücknahme noch in der Berufung mit der Wirkung zuläßt, daß die Entschädigungsforderung dann im Civilprozeß noch geltend gemacht werden könne.

Ein zurückgenommener Antrag kann nicht erneuert werden — § 444 Abs. 2 —, doch gilt dies nur dann, wenn der zurückgenommene Antrag in gehöriger Form — schriftlich oder in einem von dem Antragsteller unterschriebenen gerichtlichen Protokoll — gestellt war, Entsch. des Reichsgerichts in Strafs. Bd. 1, 285.

Den Betrag, welchen der Nebenkläger oder Privatkläger fordert, hat er — § 445 — bestimmt anzugeben, doch kann der vor der mündlichen Verhandlung zu den Akten geforderte Betrag in der mündlichen Verhandlung erhöht werden, Entsch. des Reichsgerichts in Strafs. Bd. 3, 544; aber auf eine höhere Summe, als beantragt ist, darf nicht erkannt werden § 445 Abs. 2.

Während im Civilprozeß auf Entschädigung erkannt werden muß, soweit der Ersatzanspruch begründet ist, ist dem Strafrichter nur die Befugniß ertheilt, nicht die Verpflichtung auferlegt, dem Verletzten eine Buße zuzusprechen („kann erkannt werden"). Zwar ist es nicht in das schrankenlose Belieben des Strafrichters, sondern in sein pflichtmäßiges Ermessen gestellt, ob er dem an sich begründeten Antrag auf Zuerkennung einer Buße entsprechen will, aber aus thatsächlichen, der Lage des Falls entsprechenden, Erwägungen darf er den Antrag ab- und den Antragsteller auf den Civilprozeß verweisen (Entsch. des R.G. in Strafs. Bd. 3, 15, Bd. 6, 398, Bd. 7, 12, Bd. 17, 190, Rechtspr. Bd. 8, 325, 590): Solche thatsächliche Erwägungen sind dann vorhanden, wenn die Beweise für die Bemessung der Buße fehlen oder nicht ausreichend sind, oder wenn zur Erhebung dieser Beweise die Vertagung der Sache erforderlich wird, obgleich es, wenigstens im Privatklageverfahren, nicht unzulässig ist, den Termin zu verlegen, um über die Höhe der Buße Beweis erheben zu können (Entsch. des R.G. vom 20. Februar 1888, Rechtspr. Bd. 10, 169).

Da es sich gerade in den Fällen des Gesetzes um einen Schaden handelt, dessen Höhe nur selten ziffermäßig festzustellen ist und mehr wie sonst nach freiem Ermessen des Richters zu bestimmen ist — vgl. § 260 C.P.O. —, so empfiehlt es sich, dem sachlich begründeten Antrag auf Festsetzung der Buße, so weit es irgend angeht, stattzugeben (Hauß, Anm. zu § 14). Darf der Strafrichter den Antrag auf Buße ablehnen, so unterliegt es auch seinem pflichtmäßigen Ermessen, ob er die Buße für sämmtliche Antragsteller oder nur für einen oder einige von ihnen, ob er sie gegen sämmtliche Angeklagte oder nur gegen einen oder einige von ihnen festsetzen will, wie sich auch der Verletzte darauf beschränken kann, die Buße nur gegen einen oder gegen einzelne der Angeklagten zu verlangen (Oppenhoff, Anm. 8 zu § 188 St.G.B., v. Wächter, Die Buße S. 55, Dochow, Die Buße S. 34, A. M. Herzog im Gerichtssaal Bd. 27, 194 u. Bd. 29, 421, Stenglein und Appelius, Die Reichsges. zum Schutz des geistigen Eigenthums S. 354).

Die Buße kann bis zum Betrage von 10000 Mk. festgesetzt werden, und zwar immer nur zu einer Gesammtsumme, nicht in eine Rente getheilt (R.G. in Straff. Bd. 17, 178; Stenglein u. Appelius S. 1), doch ist es nicht unzulässig, die Gesammtsumme in mehrere, zu verschiedenen Zeiten zahlbare, Theile zu zerlegen. Da der Höchstbetrag von 10000 Mk. diejenige Summe ist, welche „an den Verletzten" zu zahlen ist, so kann, wenn mehrere Verletzte vorhanden sind, für jeden auf eine Buße bis zu diesem Betrage erkannt werden (vgl. Oppenhoff, Anm. 4 zu § 188 St.G.B., Dochow S. 33, a. M. Klostermann, das Urheberrecht an Schriftwerken Anhang S. 41); dagegen können Mitthäter, Anstifter, Gehülfen an jeden Verletzten höchstens zur Zahlung von 10000 Mk. zusammen verurtheilt werden, weil dies der Höchstbetrag ist, welchen jeder Verletzte als Buße wegen der einen Strafthat beanspruchen kann, an welcher die mehreren Thäter betheiligt sind (vgl. Oppenhoff, Anm. 29 zu § 188 St.G.B., Olshausen, Kommentar Anm. 9 zu § 188, Dochow S. 33, Herzog a. a. O. Bd. 27, 195, 204). Aus demselben Grunde kann, wenn mehrere Strafverfahren gegen Mitthäter ergehen, in den sämmtlichen Verfahren zusammen die Buße nicht über den gesetzlichen Höchstbetrag erhöht werden.

Da „die zur Buße Verurtheilten als Gesammtschuldner haften", so haben die Angeklagten, auch wenn sie in verschiedenen Verfahren verurtheilt sind, für die festgesetzte Buße solidarisch zu haften, brauchen

diese Buße daher nur einmal zu zahlen. Unzulässig ist es jedoch nicht, die Buße gegen die verschiedenen Angeklagten verschieden zu bemessen, (Oppenhoff, Anm. 5 zu § 231, a. M. Puchelt, das Strafgesetzbuch Anm. 4 zu § 231), zumal im zweiten Verfahren das Ermessen des Gerichts auf eine höhere oder geringere Summe gehen kann, als im ersten Urtheil festgesetzt ist. In diesem Falle besteht die solidarische Haftung daher nur in Höhe der geringsten festgesetzten Summe bezw., wenn mehr als zwei Beträge festgesetzt sind, für jede Summe, die in einer höheren enthalten ist (a. M. Oppenhoff, Anm. 7 zu § 231, welcher die Gesammthaftung der in verschiedenen Verfahren verurtheilten Mitthäter nur eintreten läßt, wenn aus dem Urtheil ersichtlich ist, daß im zweiten Verfahren nur dieselbe Summe wie im ersten Verfahren festgesetzt ist).

c) Der § 495 Str.P.O. „die Vollstreckung der über eine Vermögensstrafe oder eine Buße ergangenen Entscheidung erfolgt nach den Vorschriften über die Vollstreckung der Urtheile der Civilgerichte“ spricht nur von der Vollstreckung, von der Ausführung der ergangenen Entscheidung, behandelt also nur die Frage, wie eine solche Entscheidung, nicht auch die Frage, unter welchen Voraussetzungen sie auszuführen ist. Es ist deshalb streitig, ob der Zwangsvollstreckung die Zustellung des Urtheils vorausgegangen resp. gleichzeitig mit ihr erfolgt sein muß, und ob die Zwangsvollstreckung auf Grund einer mit der Bescheinigung der Vollstreckbarkeit versehenen beglaubigten Abschrift der Urtheilsformel, oder aber ob sie auf Grund der mit der Vollstreckungsklausel versehenen Ausfertigung des Urtheils stattzufinden hat. Der § 483 St.P.O., der die Strafvollstreckung auf Grund einer mit der Bescheinigung der Vollstreckbarkeit versehenen beglaubigten Abschrift der Urtheilsformel vornehmen läßt, handelt nur von der Strafvollstreckung, die Buße ist aber keine Strafe, für sie sind in dieser Beziehung weder in der St.P.O., noch in der C.P.O. Vorschriften erlassen. Da aber der Gläubiger selbst die Zwangsvollstreckung hinsichtlich der erkannten Buße vorzunehmen hat, die Art der Vollstreckung überhaupt gemäß § 495 St.P.O. nach den Vorschriften der C.P.O. erfolgen soll, da es ferner bei Anwendung der strafprozessualen Grundsätze an einem Gericht fehlen würde, welches über die Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckung zu entscheiden haben würde, weil der § 490 St.P.O. nur von Einwendungen gegen die Zulässig-

keit der Strafvollstreckung handelt, so müssen auch für die Voraussetzungen der Vollstreckung der Buße die Grundsätze der C.P.O. angewendet werden, R.G. vom 20. März 1880, Entsch. in Civils. Bd. 1, 233ff., Th. Wolff, Die Eintragung in das Grundbuch S. 48ff. und § 109 der Preußischen Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher vom 24. Juli 1879, a. M. Löwe, Kommentar Anm. 3 zu § 495 St.P.O. Die Zwangsvollstreckung erfolgt daher auf Grund der mit der Vollstreckungsklausel versehenen Ausfertigung des Urtheils, sie ist nur zulässig, wenn die Zustellung des Urtheils bereits erfolgt ist oder gleichzeitig erfolgt; wenn das Strafurtheil jedoch infolge der Einlegung der Berufung bezw. der Revision bereits zugestellt ist, so wird der Gläubiger einer nochmaligen Zustellung durch die Bescheinigung des Gerichtsschreibers über die schon erfolgte Zustellung überhoben; vgl. Jastrow in Goltdammer's Archiv Bd. 33, 29ff., Th. Wolff a. a. O.

d) Das Verhältniß der Buße zu der im Civilprozeß zu verfolgenden Ersatzforderung ist durch die Vorschrift geregelt, daß „eine erkannte Buße die Geltendmachung eines weiteren Entschädigungsanspruchs ausschließt". Die erkannte Buße hat diese Wirkung nur, wenn sie rechtskräftig erkannt ist. Wird das Urtheil in der höheren Instanz ganz oder hinsichtlich der Buße aufgehoben, oder stirbt der Verurtheilte vor der Rechtskraft des Urtheils, so kann der Anspruch im Civilprozeß geltend gemacht werden. Dasselbe gilt, wenn das rechtskräftige Urtheil im Wiederaufnahmeverfahren ganz oder hinsichtlich der Buße aufgehoben wird, weil in diesem Falle der frühere Zustand wieder hergestellt ist, wie er vor der Einleitung des Strafverfahrens war. Da der Antrag auf Zuerkennung der Buße nach dem Urtheil erster Instanz nicht mehr zurückgenommen werden kann, so ist in den angegebenen Fällen die Zeit von der Verkündigung des ersten Urtheils an bis zur Aufhebung desselben in die Verjährungszeit des Civilanspruchs nicht einzurechnen, weil während dieser Zeit auf Zahlung des Schadensersatzes nicht geklagt werden konnte.

Ist auf Buße rechtskräftig erkannt, so erlischt der Entschädigungsanspruch. Aber nur die über die Zuerkennung der Buße ergangene, rechtskräftige Entscheidung hat diese Wirkung zur Folge. Solange diese Entscheidung noch nicht rechtskräftig geworden, ist die Geltendmachung des Civilanspruchs nicht gehindert. Ist neben dem Strafverfahren ein Civilprozeß über den Schadensanspruch anhängig, so ist

dieser durch das rechtskräftige Strafurtheil in der Hauptsache erledigt, dem geltend gemachten Civilanspruch steht die Zuerkennung der Buße als rechtsvernichtende Thatsache entgegen, der Civilprozeß kann daher nur noch über die Kosten des Rechtsstreits weiter geführt werden. Für diese Entscheidung über die Kosten ist die Höhe der zuerkannten Buße maßgebend, denn es steht nunmehr unter den Parteien fest, daß dem Kläger der ihm durch das Strafurtheil zuerkannte Schadensanspruch, und zwar daß ihm nicht mehr und nicht weniger zusteht. Solange das Strafurtheil aber noch nicht rechtskräftig ist, übt es keinen Einfluß auf den Civilprozeß aus, insbesondere kann die Thatsache, daß der Antrag auf Zuerkennung der Buße gestellt ist, keine Grundlage für die Einrede der rechtshängigen Sache abgeben, zumal dem Verletzten im Strafprozeß kein unbedingter Anspruch auf Buße zusteht, der Strafrichter vielmehr, wie oben erörtert, nur die Befugniß, nicht aber die unbedingte Verpflichtung hat, eine Buße festzusetzen. Ebensowenig darf im Strafverfahren der Antrag auf Buße deshalb zurückgewiesen werden, weil ein Civilprozeß über den Ersatzanspruch anhängig ist, Herzog im Gerichtssaal Bd. 29, 425, a. M. Oppenhoff Anm. 13 zu § 188 St.G.B.

Werden beide Urtheile zu gleicher Zeit rechtskräftig oder wird das eine Urtheil zu einer Zeit erlassen, in welcher das andere noch nicht rechtskräftig war, so schließt keins das andere aus, der Gläubiger kann die höchste der zuerkannten Summen beitreiben, er darf dieselbe Summe aber nicht zweimal einziehen, einer solchen Handlung steht die Klage des § 686 C.P.O. entgegen.

Ebenso wie die Zuerkennung der Buße die Geltendmachung des Civilanspruchs, so schließt auch die rechtskräftige Zuerkennung des Schadensersatzes den Antrag auf Buße und die Zuerkennung derselben aus. Denn es handelt sich in beiden Arten des Verfahrens um denselben Anspruch, und derselbe Anspruch kann, wenn er einmal festgestellt ist, nicht nochmals geltend gemacht werden. So auch Kohler, Patentrecht S. 665, die gemeine Ansicht läßt in diesem Fall jedoch die Zuerkennung einer Buße zu, s. darüber Olshausen Anm. 10 zu § 188 St.G.B.; das Reichsgericht hat in der Entscheidung in Straff. Bd. 9, 225, 226 angenommen, daß eine im Civilprozeß erstrittene Entschädigung die Zuerkennung der Buße nicht ausschließe, aber bei Bemessung derselben in Betracht zu ziehen sei, aber auch diese Meinung

wird nicht richtig sein, da über einen Anspruch, der auch seiner Höhe nach rechtskräftig feststeht, unter denselben Parteien nicht nochmals erkannt werden darf.

Ist der Schadensersatz durch Vergleich festgestellt, so kann nicht über die Vergleichssumme hinaus auf Buße erkannt werden, Kohler, das Recht des Markenschutzes S. 403, Weinrich, Haftpflicht S. 131 — sofern keine Gründe vorliegen, welche den Vergleich als hinfällig erscheinen lassen, Stenglein-Appelius Anm. 5 S. 161 —, doch kann die Vergleichssumme, für welche ein Vollstreckungstitel nicht ergangen ist, durch das Strafurtheil zum Zweck der Erlangung eines solchen Titels als Buße festgesetzt werden, Stenglein-Appelius S. 161 Anm. 5.

Im Uebrigen ist bei der Festsetzung der Buße das zu berücksichtigen, was der Angeklagte bereits anderweit übernommen hat; was er schon bezahlt hat, ist in Anrechnung zu bringen.

Die die Geltendmachung im Civilprozeß ausschließende Wirkung kann sich nur auf diejenigen Personen beziehen, welche im Strafverfahren betheiligt sind, daher nicht auf diejenigen Mitthäter, Anstifter, Gehülfen, gegen welche das Strafverfahren nicht ergangen oder gegen welche im Strafverfahren eine Buße nicht festgesetzt ist (Hauß Anm. 4 zu § 14, vgl. Rubo, Strafgesetzbuch Note 7 zu § 188, a. M. Olshausen Anm. 10 zu § 188, Kohler, Patentrecht S. 667 und v. Wächter a. a. O. S. 71, welche die Geltendmachung der Buße gegen jeden Betheiligten ausschließen, wenn gegen einen Mitthäter auf Buße erkannt ist); da aber die erkannte Buße nach der Bestimmung des Gesetzes die Geltendmachung eines weiteren Entschädigungsanspruchs ausschließt, so kann nur die zuerkannte Buße gegen die im Strafverfahren Unbetheiligten gefordert, d. h. es kann die Verurtheilung derselben, den zuerkannten Betrag solidarisch mit den im Strafprozeß dazu Verurtheilten verlangt werden. Dieses Verlangen schließt das Gesetz nicht aus, und Gründe allgemeiner Natur stehen der Geltendmachung eines Anspruchs gegen eine Partei nicht entgegen, mit welcher über diesen Anspruch noch nicht verhandelt ist. Da aber gegen den Mitthäter nur dessen solidarische Verpflichtung zur Zahlung des gegen den andern Thäter im Strafverfahren festgesetzten Betrags gefordert werden kann, so steht der Klage auch die Einrede der Zahlung ent-

gegen, wenn der schon verurtheilte Thäter die ihm auferlegte Buße entrichtet hat.

Die Wirkung des Strafverfahrens bezieht sich auch auf diejenigen Verletzten nicht, welche an dem Strafverfahren über dieselbe That nicht betheiligt waren (vgl. v. Wächter S. 71, a. M. Oppenhoff Anm. 9 zu § 231 St.G.B., Stenglein-Appelius a. a. O. S. 162 Anm. 7). Denn wer einer Handlung, welche rechtliche Folgen nach sich zieht, völlig fern steht, kann von diesen Folgen nicht betroffen werden, und das Gesetz schließt die Geltendmachung des Ersatzanspruchs im Civilprozeß nur für die Buße aus, die „auf Verlangen des Verletzten an ihn zu erlegen" ist, der Verletzte aber, welcher am Strafverfahren weder als Nebenkläger, noch als Privatkläger Theil genommen, kann in diesem Verfahren ein Verlangen auf Buße mit Rechtswirkung nicht gestellt haben, noch kann darin auf eine an ihn zu erlegende Buße erkannt sein. Die Beantwortung dieser Frage ist gerade für den Fall der unwahren Reklame, durch welche zahllose Gewerbetreibende verletzt und daher sowohl zur Klage, wie zur Stellung des Strafantrags berechtigt sein können, von besonderer Wichtigkeit.

Eine Beziehung des Strafverfahrens zu dem Civilprozeß und umgekehrt entsteht nur durch die rechtskräftige Zuerkennung der Buße; die rechtskräftige Abweisung des auf Festsetzung der Buße gestellten Antrags ist dagegen für das Verfahren der anderen Art ohne Einfluß. Daß der Ersatzanspruch im Prozeßwege verfolgt werden kann, wenn auf Buße deshalb nicht erkannt ist, weil der Strafrichter von seiner diskretionären Befugniß im ablehnenden Sinne Gebrauch gemacht hat, versteht sich von selbst, dasselbe ist aber auch dann der Fall, wenn der Strafrichter den Antrag auf Buße als unbegründet abgewiesen hat. Auch umgekehrt steht, da das Gesetz den Erfolg des einen Verfahrens für das andere auf die erkannte Buße beschränkt, der Zuerkennung der Buße die Thatsache nicht entgegen, daß der Entschädigungsanspruch im Civilprozeß als unbegründet abgewiesen ist, Olshausen Anm. 10 zu § 231 St.G.B., Seligsohn, Komment. zum Patentges. S. 261, v. Wächter S. 71 und Stenglein-Appelius S. 161 Anm. 2.

Ebenso kommen im Strafverfahren diejenigen Gründe nicht in Betracht, welche, ohne den Bestand des Anspruchs zu vernichten, nur der Geltendmachung desselben im Civilprozeß entgegenstehen, es kann daher auch dann auf Buße erkannt werden, wenn dem Ersatzanspruch

die Einrede der Verjährung des § 11 des Gesetzes entgegensteht (vgl. Reichsgericht in der Rechtspr. Bd. 1, 57 und Bd. 10, 293, Stenglein-Appelius a. a. O., Seligsohn a. a. O.), wie auch andererseits die strafrechtliche Verjährung des Delikts oder des Straf-Antrags für den Civilprozeß außer Betracht bleibt.

e) Da die erkannte Buße nur die Geltendmachung eines weiteren Entschädigungsanspruchs ausschließt, so bleibt der Unterlassungsanspruch unberührt und kann daher auch verfolgt werden, wenn im Strafverfahren auf Buße erkannt ist.

3.

Die Bedeutung gesetzlicher Zwangspflichten für das Schadensersatzrecht.

Von Rechtsanwalt **Dr. Linckelmann II** in Hannover.

Unter gesetzlichen Zwangspflichten im Sinne unseres Themas verstehen wir Pflichten, welche im Interesse der Gesammtheit zur Förderung der allgemeinen Wohlfahrt, sei es zur Sicherung des Verkehrs oder zur Wahrung der öffentlichen Ordnung, sei es aus gesundheitlichen oder gewerbepolizeilichen Gründen, durch Gesetz oder Verordnung aufgestellt worden sind. Bei der Mannigfaltigkeit der örtlichen Bedürfnisse pflegt der Hauptstock derartiger Pflichten in Polizeiverordnungen niedergelegt zu sein, namentlich in die Straßenreglements, die Verkehrs- und Baupolizeiordnungen. Eine wichtige reichsgesetzliche Quelle ist der 29. Abschnitt des Reichsstrafgesetzbuches, in gesundheitlicher Beziehung ist an die gesetzlichen Maßnahmen zur Vorbeugung ansteckender Krankheiten bei Menschen, Thieren und Pflanzen, an das Reichsimpfgesetz vom 8. April 1874 und an die Seuchengesetze zu erinnern, gewerbepolizeilich ist die Reichsgewerbeordnung (auch § 16) von allgemeiner Bedeutung. Die öffentlich-rechtliche Folge der Verletzung solcher Pflichten ist gewöhnlich eine Geld- oder Haftstrafe, in manchen Fällen wird unmittelbarer Zwang angewandt.

Das ist nun die Frage, ob solchen Pflichten auch eine civilrechtliche Bedeutung beigemessen werden kann, ob und inwiefern ein Dritter befugt ist, auf ihre Nichtbeachtung einen Ersatzanspruch zu gründen. Die Beantwortung dieser Frage stellt nur ein kleines Kapitel aus dem umfassenden Gebiete des Schadensersatzrechtes dar, aber ein Kapitel, dessen praktische Tragweite bei der Massenhaftigkeit polizeilicher Anordnungen unabsehbar ist, und welches auch

nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches an Bedeutung nicht verlieren wird.

Wenn sich in irgend einem Civilrechte die Bestimmung finden sollte: „Wer gegen ein Gesetz verstößt, haftet für den entstandenen Schaden", so würde die Beantwortung der Frage keinem Zweifel unterworfen sein. Das Bestehen einer solchen Bestimmung kann weder für das Bürgerliche Gesetzbuch noch für das gemeine Recht behauptet werden.

Gemeinrechtlich ist außerhalb der Vertragsverhältnisse eine Ersatzpflicht nur gegeben, wenn der Thatbestand eines anerkannten Privatdelikts vorliegt; ein Verstoß gegen jede beliebige Strafvorschrift, geschweige denn gegen jedes beliebige Gesetz, verpflichtet nicht zum Schadensersatze. Wohl haben die unter der „Lex Aquilia" zusammengefaßten Grundsätze eine Entwicklung erfahren, welcher gegenüber es nicht mehr wahr ist, zu behaupten, daß dem römisch-gemeinen Rechte eine allgemeine Grundlage des Schadensersatzrechtes gefehlt habe.[1]) In unsere heutige Sprache übersetzt statuirt der Rechtssatz römischen Ursprungs die Ersatzpflicht für Jedermann, welcher vorsätzlich oder aus Fahrlässigkeit eine Sache oder den Körper eines Menschen widerrechtlich verletzt, ja, man wird den Inhalt jenes Rechtssatzes noch allgemeiner dahin fassen können, daß jede schuldhafte Rechtsverletzung ersatzpflichtig macht. Bei dieser Fassung würde es auf die Verletzung der körperlichen Integrität des Gegenstandes des Rechtes schon nicht mehr ankommen,[2]) es würde die widerrechtliche Beeinträchtigung des Rechtes genügen, allerdings mit der Einschränkung, daß der Anspruch, von dem Falle des fr. 27 § 14 D. ad leg. Aqu. 9. 2. abgesehen,[3]) nur von dem dinglich Berechtigten geltend gemacht werden kann. Ueber die Grenzen dieses Rechtssatzes ist die gemeinrechtliche Entwicklung aber nicht hinausgegangen, was hier um so lauter betont werden muß, als es neuer-

[1]) Zu hart ist die Kritik Dr. Fr. v. Liszt's in den Beiträgen zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfs eines bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich von Bekker u. Fischer Heft 5 S. 26, wo das römische Recht als „zusammenhangslose Masse veralteter unbrauchbarer Rechtsregeln" bezeichnet wird.

[2]) Vergl. R.G.E. in Civilsachen Bd. IX S. 162, Bd. XXI S. 174, Bd. XXII S. 209.

[3]) Das fr. 27 § 14 D. cit. gewährt dem nur obligatorisch zum Fruchtgenusse Berechtigten die actio ex lege Aquilia.

dings vom Reichsgerichte behauptet wird. Das Reichsgericht (III. Senat) hat in dem Bd. 17 S. 105—108 der Entscheidungen in Civilsachen abgedruckten Urtheile eine civilrechtliche Haftbarkeit des Bauherrn ausschließlich auf den Verstoß gegen § 367 Nr. 14 des R.St.G.B. gestützt und damit den aquilischen Boden verlassen. Mit jeder nur wünschenswerthen Deutlichkeit wird in dem Urtheile ausgeführt:

„Bei dieser Entscheidung, welche sich im Einklange mit früheren Entscheidungen der höchsten Gerichtshöfe, zumal im Gebiete des preußischen Landrechts, das auf diesem Punkte mit dem gemeinen Recht übereinstimmt, befindet, ... kann die Frage auf sich beruhen, ob nicht, auch abgesehen von der strafgesetzlichen Vorschrift, eine Haftung des Beklagten nach den Grundsätzen über die negatoria actio, bezw. der lex Aquilia, zu begründen sein würde.“[4])

Man unterstellt also stillschweigend, daß nach gemeinem Rechte gerade der von uns beanstandete Satz Gültigkeit habe, daß der Verstoß gegen jede beliebige Strafvorschrift ersatzpflichtig mache. Wo in aller Welt findet sich denn aber dieser Satz in den Rechtsquellen ausgesprochen? Mit dieser Frage müssen wir uns jener Unterstellung gegenüber so lange begnügen, als nicht die Quellenangabe erfolgt ist.

Auf breiterer Grundlage ist das Schadensersatzrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches aufgebaut.

Das Bürgerliche Gesetzbuch behandelt das Schadensersatzrecht außerhalb der Vertragsverhältnisse im 25. Titel des zweiten Buches unter der Rubrik „Unerlaubte Handlungen“ und erhebt damit auch seinerseits die Unerlaubtheit des Verhaltens, das civilrechtliche Delikt, zur Grundlage der Ersatzpflicht. Ob dieser systematische Standpunkt in jeder Beziehung als zutreffend erscheint, kann hier dahin gestellt bleiben, seine praktischen Konsequenzen, namentlich die kurze Verjährung und der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung, werden auf alle Fälle des Titels, ohne Rücksicht, ob Verschulden vorausgesetzt wird oder nicht, zur Anwendung gebracht werden müssen.[5])

[4]) Uebereinstimmend das Urtheil des Reichsgerichts bei Gruchot Bd. XXXII S. 1161; vergl. ferner Seuffert's Archiv Jahrgang 1883 S. 7.

[5]) In den Verhandlungen der Reichstagskommission S. 67 ist auf eine Anfrage von den Vertretern der verbündeten Regierungen bestätigt worden, daß sich der Ausdruck „unerlaubte Handlung“ in dem § 852 (Verjährung betr.) auf alle in dem 25. Titel erwähnten Fälle beziehe, auch auf diejenigen, in denen den Verletzten eine Schuld nicht treffe.

Die Festsetzung der allgemeinen Voraussetzungen der unerlaubten Handlungen ist erst nach mühsamer Arbeit gelungen.

Während der Entwurf I (§ 704) in seiner schwerfälligen und scholastischen Fassung von der Kritik vollständig abgelehnt und in den Berathungen der II. Kommission von keiner Seite gestützt wurde, machte sich bei der Umarbeitung ein durch die zu lösende Aufgabe nahe gelegter Gegensatz zwischen freier und strenger Auffassung geltend, der Gegensatz zwischen Interessen- und Rechtsschutz. Wer durch sein Verhalten einen Schaden anrichtet, handelt immer gegen die Interessen des Geschädigten. Es ist aber nicht gesagt, daß in der Interessenverletzung auch stets eine Rechtsverletzung enthalten sei. Man denke einerseits an die Körperverletzung und die Sachbeschädigung, andererseits an den Schaden, welcher durch den Verrath von Geschäftsgeheimnissen oder die Ertheilung eines schlechten Rathes oder durch unlautere Konkurrenz erzeugt wird. In den letzteren Fällen ist regelmäßig nur eine Interessenverletzung gegeben, die Beschädigung des Körpers oder einer fremden Sache ist dagegen zugleich eine sehr greifbare Rechtsverletzung.

Schuldhafte Rechtsverletzung ist das Ergebniß der gemeinrechtlichen Entwicklung, schuldhafte Interessenverletzung bildet den Ausgangspunkt des code civil und hat in seinem Herrschaftsgebiete den Schadensersatzklagen jene ungeahnte Ausdehnung ermöglicht, welche bald als ein Zeichen gesunder Fortbildung des Rechtes, bald als ein Zeichen gefährlicher Entartung angesehen wird. Aus der Ausgleichung dieses Gegensatzes ist die gegenwärtige Wortfassung des Gesetzes entstanden.

Nach der freieren Auffassung sollte das Gesetz in unmittelbarer Anlehnung an den Art. 50 des schweizerischen Obligationenrechtes den Grundsatz an die Spitze stellen:

> „Wer einem Anderen widerrechtlich Schaden zufügt, sei es aus Vorsatz, sei es aus Fahrlässigkeit, ist zum Ersatze verpflichtet“,

indem man die Anwendung und Ausbildung dieses Grundsatzes der Wissenschaft und Praxis überlassen zu können glaubte. Die Mehrheit der II. Kommission hat diese Art der Regelung als zu unbestimmt und als deutschen Anschauungen nicht entsprechend abgelehnt, sie forderte zur Begrenzung der Ersatzpflicht die Garantien objektiver Merkmale, und hat sich schließlich auf diejenige Fassung geeinigt,

welche der II. Entwurf § 746 aufweist. Das Gesetz weicht von dem II. Entwurfe nur insofern ab, als die Exemplifikation der Rechte (Leben, Gesundheit u. s. w.) wiederum aufgenommen worden ist.

Der allgemeine Thatbestand der Ersatzpflicht setzt nach der jetzigen Fassung des Gesetzes die Verletzung eines Rechtes oder den Verstoß gegen ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz voraus. Die Rechtsverletzung macht für den entstandenen Schaden verantwortlich, wenn sie widerrechtlich ist und wenn sie auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit zurückgeführt werden kann. Bei dem Verstoße gegen ein Schutzgesetz hängt der subjektive Grad der Verschuldung von dem Inhalte des Schutzgesetzes ab, ist aber der Verstoß auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur ein, wenn ein Verschulden vorliegt.

Dieser allgemeine Thatbestand ist einerseits durch den § 824 (fahrlässige Kreditgefährdung) und den § 825 (nicht strafbare Verführung von Frauenzimmern zur außerehelichen Beiwohnung) und andererseits durch den § 826 erweitert worden. Die §§ 824 und 825 qualifiziren sich als gesetzlich bestimmte Spezialfälle der Anwendung eines Schutzgesetzes, in dem § 826 ist eine neue und selbständige Voraussetzung von allgemeiner Bedeutung eingeführt worden, der Verstoß gegen die guten Sitten; ein solcher Verstoß zieht jedoch nur als vorsätzliche Schadenszufügung die Ersatzpflicht nach sich. Die freie Form, in welcher der guten Sitte Geltung verschafft worden ist, ist erst von der Reichstagskommission gefunden worden und wird als ein bleibendes Verdienst dieser Kommission bezeichnet werden müssen. Ob Jemand „auf Grund der allgemeinen Freiheit" handelt oder in Ausübung eines Rechtes, überall gebietet die Sitte ihm Halt, das in seinem Bestande und seinem Umfange vielumstrittene Chikaneverbot ist im B. G. B. mit klaren Worten zum Ausdruck gebracht worden.[6])

Nach diesem allgemeinen Thatbestande ist also die Ersatzpflicht nicht die Folge jeder beliebigen Schadenszufügung, sie ist nur die

[6]) Man erinnere sich an die denkwürdige Fassung, welche der Entwurf I § 705 vorgeschlagen hatte. In den Berathungen der II. Kommission hatte man noch nicht den Muth, sich von dem Gedanken zu trennen, daß die Rechtsausübung auch auf die Gefahr der Chikane hin erlaubt sein müsse. Vergl. Protokolle II. Lesung S. 2708 ff., zum Theil abgedruckt bei Dr. Reatz, II. Lesung S. 379 A. 1 und ferner Gierke, Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs S. 262—266. Das allgemeine Chikaneverbot findet sich jetzt im § 226 B. G.B.; vergl. auch § 242.

Folge einer solchen Schadenszufügung, bei welcher eines jener drei Momente, die Verletzung eines Rechtes, der Verstoß gegen ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz oder der Verstoß gegen die guten Sitten verwirklicht ist, nur dann ist die Schadenszufügung, ihre sonstigen Bedingungen vorausgesetzt, eine widerrechtliche, eine unerlaubte Handlung im Sinne des Gesetzes. Mit dieser Regelung sind, wenn wir einstweilen von der veränderten Bestimmung des Begriffes der Fahrlässigkeit absehen, die Schranken des gemeinen Rechtes an zwei Stellen durchbrochen. Die vorsätzliche Schadenszufügung verpflichtet als Verstoß gegen die guten Sitten auch dann zum Schadensersatze, wenn sie in der Ausübung eines Rechtes erfolgt. Andererseits ist der schuldhaften Rechtsverletzung der schuldhafte Verstoß gegen ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz in der Bedeutung für die Ersatzpflicht gleichgestellt worden. Diese letztere Bestimmung enthält die für unser Thema interessante Neuerung und bedarf einer näheren Besprechung. Was ist ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz? Gehören zu dieser Gruppe von Gesetzen auch diejenigen Gebots- und Verbotsvorschriften, durch welche Zwangspflichten von der Art, um welche es sich handelt, eingeführt worden sind?

Die bezeichnete Bestimmung hat aus dem Grunde in das Gesetz Aufnahme gefunden, um in einem gewissen Umfange auch solche Interessen zu schützen, welche nicht in der Rechtssphäre des Verletzten eingeschlossen liegen. In diesem Grunde liegt wenigstens der praktische Schwerpunkt der Bestimmung, obwohl dieselbe auch in dem Falle einer Rechtsverletzung angerufen werden kann, wenn in dem Verstoße gegen das Gesetz gleichzeitig eine Rechtsverletzung liegt. Das Verhältniß des zweiten Absatzes des § 823 zum ersten Absatze ist nicht das Verhältniß eines sich ausschließenden Gegensatzes, ihre Vorschriften werden in vielen Fällen einen doppelten Schutz gewähren.

Es ist nun nach der Entstehungsgeschichte über jeden Zweifel erhaben, daß nicht neben der Rechtsverletzung der Verstoß gegen jedes Gesetz als eine die Ersatzpflicht begründende Handlung angesehen werden sollte.

Nach Entwurf I (§ 704 Abs. 1) verpflichtete jede widerrechtliche Handlung zum Ersatze des voraussehbaren Schadens. Diese Fassung wurde in der II. Kommission von keiner Seite gebilligt, es finden sich sieben Anträge angekündigt, unter denen für die Auslegung namentlich die Anträge 1 und 5 von Bedeutung sind.



Antrag 1 lautet: den § 704 zu fassen:

„Wer vorsätzlich oder aus Fahrlässigkeit widerrechtlich das Recht eines Anderen verletzt oder gegen ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz verstößt, ist ihm zum Ersatze des daraus entstandenen Schadens verpflichtet.

Zu den Rechten im Sinne dieser Vorschrift gehört auch der Besitz; als Verletzung eines Rechtes gilt auch die Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit und der Ehre."

Antrag 5 ist ein Unterantrag zu Antrag 1 und geht dahin:

a) die Worte „den Schutz eines Anderen bezweckendes" zu streichen,

b) in der dritten Zeile des Antrages 1 das Wort „ihm" zu streichen.

Zu Antrag 5 hatte der Antragsteller folgende Begründung beigefügt:

Zu a. Wer ein Gesetz verletzt, muß Jedem den Schaden ersetzen. Die Wirkung des Gesetzes solle sich nicht auf diejenigen Fälle beschränken, an welche der Gesetzgeber gerade gedacht habe.

Zu b. Wer ein subjektives Recht verletzt, ist schadensersatzpflichtig, auch wenn der Schaden nicht bei dem Berechtigten, sondern bei einem Dritten zu Entstehung gelangt.

Zur Annahme gelangte bekanntlich unter Streichung des „Besitzes" und überhaupt der Exemplifikation der Rechte der Antrag 1, und zwar aus dem ausgesprochenen Grunde, im Vergleich zum Entwurf I und dem Antrage 5 die Grundlage der Ersatzpflicht und den Kreis der verletzten Personen zu beschränken. Der Kreis dieser Personen werde aus dem Inhalte des verletzten Gesetzes zu ermitteln sein, aus welchem sich ergebe, welche Interessen geschützt sein sollen. Dieser Begrenzung gegenüber konnte die Einschränkung auf den voraussehbaren Schaden aufgegeben werden. Noch deutlicher erhellt die Absicht der II. Kommission aus den Erläuterungen, welche der allgemeinen Bedeutung der Schadensersatzpflicht nach den Protokollen mitgegeben worden sind:

„Der Rechtskreis des Einzelnen umfasse zunächst seine eigentlichen Vermögensrechte, dingliche wie obligatorische, so-

dann aber auch seine s. g. Persönlichkeitsrechte ..... Die Rechtskreise seien aber auch noch in der Weise von einander abgegrenzt, daß das Gesetz dem Einen im Interesse eines Anderen gewisse Pflichten auferlege, ihm ein bestimmtes Verhalten gebiete oder verbiete. Dabei könnten jedoch nur solche Gebote und Verbote in Betracht kommen, welche darauf abzielten, die Interessen des Einen vor der Beeinträchtigung durch den Anderen zu bewahren, nicht dagegen die im Interesse der Gesammtheit auferlegten Pflichten, welche, weil sie den Interessen Aller förderlich seien, auch jedem irgendwie Betheiligten zu Gute kämen. (Beispiele: einerseits das Verbot, Waarenempfehlungskarten und andere Drucksachen dem Papiergeld ähnlich herzustellen St.G.B. § 360 Nr. 6, das Gebot des Raupens ebenda § 368 Nr. 2, andererseits das Verbot, einen verschlossenen Brief unbefugt zu öffnen § 299 St.G.B., nur zum Schutze des Empfängers und Absenders bestimmt) ....“ [7])

Der Kommissionsantrag 1 ist mit einigen nur redaktionellen Aenderungen in der Fassung des II. Entwurfes, jedoch unter Wiederaufnahme der Exemplifikation der Rechte, zum Gesetz erhoben worden, so daß der Sinn vom Standpunkte der Redakteure aus kaum ernstlich in Frage gestellt werden kann.

Dieser Sinn ist nach unserer Meinung auch in der Fassung des Gesetzes durch die Worte „den Schutz eines Anderen bezweckendes“ deutlich zum Ausdruck gebracht worden. Alle gesetzlichen Vorschriften, durche welche das Verhalten des Individuums bestimmt wird, sollen menschliche Interessen fördern, man kann von ihnen sagen, daß sie den Schutz von Menschen bezwecken. Wollte man allgemein den Verstoß gegen ein Gesetz zur Grundlage der Ersatzpflicht erheben, so hätte man den Antrag 5 annehmen und die Worte „den Schutz eines Anderen bezweckendes“ streichen sollen. Die jetzige Fassung zwingt zu der Annahme, daß mit dem Satze ein engerer Sinn verbunden, daß aus der Masse der Gesetze eine besondere Gruppe herausgehoben werden sollte. Den Gegensatz zu „dem Anderen“ bildet, wenn man nur die einfachsten Regeln der Grammatik beobachtet, der Thäter, d. i. diejenige Person, an deren Adresse das gesetzliche Gebot oder Verbot gerichtet

[7]) Vergl. Protokolle II. Lesung S. 2708 ff., zum Theil bei Dr. Reatz II. Lesung S. 379 A. 1 abgedruckt.

ist. Gemeint ist also: wer das gesetzlich geschützte Interesse eines Anderen verletzt, ist ersatzpflichtig, das Interesse des Anderen, analog dem Rechte eines Anderen, darf nicht zusammenfallen mit dem Interesse desjenigen, vor welchem dasselbe gerade geschützt werden soll, es muß eine gegensätzliche Beziehung in dem Verhältnisse zwischen Berechtigten und Verpflichteten nachweisbar sein, sonst ist ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz nicht vorhanden. Dieses Kriterium begrenzt in erkennbarer Weise die Gesetze, deren Uebertretung ersatzpflichtig macht, und ist für die Rechtsanwendung brauchbar, es trifft zu in dem von der II. Kommission angeführten Falle des § 299 R.St.G.B. (Verletzung des Briefgeheimnisses), es findet sich, um einige weitere Beispiele anzufügen, in den §§ 120—120e der Gewerbeordnung, in denen ausdrücklich den Arbeitgebern Pflichten in dem Verhältnisse zu den Arbeitnehmern auferlegt werden (vergl. auch §§ 135—137 daselbst) und macht sich besonders deutlich im Art. 226 Abs. 2 H.G.B. geltend, wo die Ersatzpflicht der Aufsichtsrathsmitglieder in dem Verhältnisse zur Gesellschaft bestimmt ist; auf diese Bestimmung können sich Dritte, welche etwa im Vertrauen auf die Innehaltung derselben Aktien gekauft haben, nicht berufen. (Uebereinstimmend für das geltende Recht R.G.E. in Civils. Bd. 22 S. 133 ff.) Aus dem Reichsstrafgesetzbuche gehören (§ 299 ist schon erwähnt) diejenigen Bestimmungen hierher, in denen die Verletzung der Rechtsgüter der Einzelnen unter Strafandrohung gestellt ist, so fast sämmtliche Vorschriften der §§ 169 bis 304 R.St.G.B., unter ihnen sind von besonderer Wichtigkeit die Schutzbestimmungen gegen Angriffe auf die sogen. unkörperlichen Rechtsgüter (vergl. die Systematik bei v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechtes S. XIV und XV), da die absoluten Persönlichkeitsrechte (Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit) und die Vermögensrechte schon als Rechtsverletzungen die Ersatzpflicht begründen.[8])

---

[8]) Die Ehre ist kein Recht im Sinne des § 823 Abs. 1. Die Ehre ist ein Anspruch auf Werthschätzung im Verhältnisse zur Mitwelt und steht unabhängig da von den Einzelrechten, welche mit einer Person verknüpft sind. Nach dem Entwurf I war die Ehre unter den Beispielen der verletzbaren Rechte ausdrücklich aufgeführt. Die II. Kommission hat mit diesem Standpunkte grundsätzlich gebrochen und sich darauf beschränkt, in Ergänzung des R.St.G.B. an die fahrlässige Kreditgefährdung (§ 824) die Ersatzpflicht anzuknüpfen; abgesehen davon, sollte die Ehrverletzung nur innerhalb der Grenzen des R.St.G.B.

Dagegen würde es auf eine vollständige Verkennung des Begriffes hinauslaufen, wenn man jener besonderen Gruppe von Schutzgesetzen auch die im Interesse der Gesammtheit gegebenen Vorschriften zurechnen wollte. Gesetzwidrige Handlungen gegen die Rechtsgüter der Gesammtheit enthalten (vergl. die Uebersicht bei v. Liszt a. a. O. S. XVIII bis XXII) die Verbrechen und die sonstigen strafbaren Handlungen gegen den Staat, die Staatsgewalt und die Staatsverwaltung, im Interesse der Gesammtheit sind auch die gesundheits- und gewerbepolizeilichen Bestimmungen erlassen worden, unter diese Kategorie von Vorschriften fallen gerade die gesetzlichen Zwangspflichten, deren civilrechtliche Bedeutung untersucht werden soll. Auf diese Vorschriften, deren Uebertretung, wenn sie mit Strafe bedroht ist, gewöhnlich nur ein reines Ungehorsamsdelikt darstellt, trifft das Kriterium „den Schutz eines Anderen bezweckend“ so wenig zu, daß dieselben vielmehr als im konträren Gegensatze stehend angesehen werden müssen. Eine den Schutz der Gesammtheit bezweckende Vorschrift ist in dem besonderen Sinne des § 823 Abs. 2 B.G.B. keine den Schutz eines Anderen bezweckende Vorschrift.

Wir würden dieser Auseinandersetzung nicht einen so breiten Raum gewährt haben, wenn nicht noch in dem letzten Stadium der Vorberathungen, in den Verhandlungen der Reichstagskommission (S. 59 des Berichtes) von den Vertretern der verbündeten Regierungen es als selbstverständlich bezeichnet worden wäre, „daß ein Gesetz, welches die Gesammtheit schützen solle, auch den Einzelnen schütze, und daß also

als eines Schutzgesetzes verantwortlich machen. Die Willensmeinung der II. Kommission entspricht auch dem Gesetze.

Ebensowenig können Rechte aus Schuldverhältnissen zu den Rechten im Sinne § 823 Abs. 1 gerechnet werden, das vertragswidrige Verhalten des Schuldners gilt nach der Systematik des Gesetzes nicht als unerlaubte Handlung. Vergl. Motive Bd. II S. 727 d, Protokolle II. Lesung S. 2708 ff. Wird der Gegenstand eines Schuldverhältnisses, z. B. die Frucht eines verpachteten Grundstückes, durch einen Dritten verletzt, so wird es von Bedeutung, daß dem Pächter, Miether, dem Verwahrer oder einer sonst zum Besitze einer Sache berechtigten Person der Besitz der Sache eingeräumt worden ist. (Vergl. §§ 854, insbesondere §§ 868 ff.). Die Verletzung stellt sich alsdann als verbotene Eigenmacht dar und zieht als solche entweder als Rechtsverletzung oder wenn man den Besitz nicht als Recht auffassen will, unter dem Gesichtspunkte einer den Schutz eines Anderen bezweckenden Vorschrift (§ 823 Abs. 2, so die II. Kommission) die Ersatzpflicht nach sich.

die Verletzung eines solchen Gesetzes bereits nach § 807 Abs. 2 (§ 823 Abs. 2 des Gesetzes) schadensersatzpflichtig mache." Dieser Standpunkt der verbündeten Regierungen bedeutet bei folgerichtiger Durchführung die Verallgemeinerung des Abs. 2 § 823 zu der Rechtsnorm „Wer gegen ein Gesetz verstößt, haftet für den entstandenen Schaden", er beruht auf einer zusammenhangslosen Wortinterpretation und steht im Widerspruche mit der dargestellten Entstehungsgeschichte des Paragraphen.

Wir haben nunmehr gesehen, daß die civilrechtliche Bedeutung unserer Zwangspflichten nicht darin bestehen kann, daß die Nichtbeobachtung derselben als Ungehorsam gegen das Gesetz eine Ersatzpflicht zu Gunsten eines jeden Dritten nach sich zieht. Solches ist weder nach gemeinem Rechte noch nach dem B. G.B. (§ 823 Abs. 2) Rechtens. Damit ist ihnen jedoch noch nicht jede Bedeutung für das Civilrecht abgesprochen, denn es bleibt die Möglichkeit offen, in ihrer Verletzung ein Element im Thatbestande schuldhafter Rechtsverletzung zu erblicken.

Diese Möglichkeit kann in der That nicht geleugnet werden. Unter den Zwangspflichten befindet sich eine größere Anzahl, deren mittelbare Zweckbestimmung es ist, Gefährdungen von Rechtsgütern auszuschließen, durch deren Nichtbefolgung denkbarer Weise eine Rechtsverletzung verursacht und folgeweise auch — die sonstigen Bedingungen vorausgesetzt — verschuldet werden kann.

Diese Möglichkeit ist aber noch keine Wirklichkeit. Es bedarf erst des Nachweises, ob und inwiefern die Nichtbefolgung der Pflichten als eine die Fahrlässigkeit begründende Handlung in dem Thatbestande schuldhafter Rechtsverletzung betrachtet werden darf. Denn dieser Thatbestand oder vielmehr der Rechtssatz, durch welchen derselbe geregelt wird, ist die civilrechtliche Quelle der Ersatzpflicht, und er ist die allein maßgebende Quelle.

Fassen wir diesen Rechtssatz einmal etwas näher ins Auge. Fahrlässige Rechtsverletzung — Vorsatz ist für uns kaum von Interesse — ist Verursachung einer nicht vorhergesehenen, aber vorhersehbaren Rechtsverletzung. Die Vorhersehbarkeit bezieht sich auf die Rechtsverletzung, nicht auf den in Folge der Rechtsverletzung entstandenen Schaden, sie kann in diesem Umfange zur Feststellung des Begriffes der Fahrlässigkeit unserer Meinung nach nicht entbehrt werden.[9]) Das Verbot

[9]) Dr. Anton Heß, Ueber Kausalzusammenhang und unkörperliche Denksubstrate, erachtet die Vorhersehbarkeit als entbehrlich und will die Entscheidung

der fahrlässigen Rechtsverletzung bedeutet positiv ausgedrückt die für Jedermann verbindliche Pflicht, sein Verhalten im Verkehrsleben so einzurichten, daß aus demselben Verletzungen von fremden Rechtsgütern nicht entstehen. Was soll für die Erfüllung dieser Pflicht entscheidend sein, wenn nicht die Möglichkeit, die Verletzung als Folge des Verhaltens vorherzusehen? Irgend eine Richtschnur ist nothwendig, eine andere Richtschnur als die Vorhersehbarkeit aber nach unserer Meinung nicht denkbar, weil Schuld und Erfolg sich nicht trennen lassen. Fahrlässige Rechtsverletzung ist Verletzungsdelikt, kein Ungehorsamsdelikt. Diese Richtschnur wird auch für die Fahrlässigkeit des B. G.B. festgehalten werden müssen, auch wenn man zugiebt, daß sich der Begriff geändert hat. Es ist nämlich von Bedeutung, mit welchem Maßstabe die Vorhersehbarkeit gemessen werden soll, ob derselbe aus den Eigenschaften des betheiligten Individuums gewonnen (subjektiver Maßstab) oder ob einfach die herrschende und gesunde Verkehrsanschauung zu Grunde gelegt wird. Das B. G.B. hat im Gegensatz zu der bisherigen namentlich im Strafrechte vorwiegenden Auffassung den durch die Verkehrsanschauung gegebenen, den sog. objektiven Maßstab, seinen Grundsätzen eingefügt und damit abweichend von jener Auffassung einen Schuldbegriff aufgestellt, aus welchem das Individuelle ausgemerzt ist.

Man darf mit Recht bezweifeln, ob bei dieser Begriffsbestimmung im wissenschaftlichen Sinne noch von einer Schuld gesprochen werden kann. Die Fahrlässigkeit des B. G.B. ist Haftung für die im Verkehre erforderliche Sorgfalt (§ 276 B. G.B.) und trifft in demjenigen

über Schuld oder Unschuld von dem Gerechtigkeitsgefühle des Richters abhängig machen. (Vergl. namentlich S. 17, insbesondere A. 4 u. S. 20.) Es handelt Jemand fahrlässig, wenn der Richter ein anderes Verhalten hätte erwarten können. Wann wird denn aber der Richter diese Erwartung aussprechen? Er muß doch bei seinem Urtheile irgend einen Maßstab zu Grunde legen, wenn das Urtheil nicht willkürlich ausfallen soll.

Etwas anderes ist es, auf welchen Umstand die Vorhersehbarkeit bezogen wird. Die Festlegung dieses Umstandes ist Sache der gesetzlichen Regelung. Das B. G.B. bezieht die Schuld und damit die Vorhersehbarkeit auf die Verletzung eines Rechtes oder eines gesetzlich geschützten Interesses. Bei dieser Regelung ist der gesammte Schaden zu ersetzen, welcher durch die Rechts- oder Interessenverletzung verursacht worden ist, gleichviel ob derselbe in seinem gesammten Umfange vorhersehbar war oder nicht. Aehnlich das gemeine Recht für den Fall der Rechtsverletzung.

Falle auch schuldlose Personen, in welchem es jenen Personen nach ihren individuellen Eigenschaften nicht möglich gewesen ist, jene Sorgfalt anzuwenden, der Begriff der Fahrlässigkeit ist hier in Wirklichkeit nicht mehr der Begriff einer Schuld, sondern er enthält die Aufstellung einer allgemeinen Garantiepflicht.[10]) Uebrigens dürfte der Unterschied theoretisch größer erscheinen als er sich in der Praxis geltend macht, wo ohnehin das Bestreben vorwaltet, den leichter zu handhabenden objektiven Maßstab zur Anwendung zu bringen.

Das ist der Maßstab, mit welchem die Gebote und Verbote des individuellen Verhaltens für jeden Einzelfall zu bestimmen sind. Dieser Maßstab bietet, den Bedürfnissen des Rechtslebens entsprechend, eine außerordentliche Beweglichkeit. Die Anschauung über das Maß der gegenseitig zu nehmenden Rücksichten ist bei den einzelnen Völkern ebenso verschieden wie der Charakter eines Volkes und ebenso wechselnd wie der Inhalt der Zeitströmungen. Man vergleiche in dieser Beziehung den gewaltigen Abstand zwischen römischer und heutiger Anschauung. Zahlreiche Rechtsfälle bezeugen die wachsende Erweiterung des Pflichtenkreises, schon ist unter der Herrschaft römischer Rechtssätze der Anwendung des Rechtes eine Wendung gegeben worden, von welcher römischer Geist sich nichts träumen ließ, die Gleichgültigkeit des römischen Individualismus wird von der heutigen Gesellschaft nicht mehr geduldet, der Unterschied von damals und jetzt ist eine von den Erscheinungen,

---

[10]) Ueber diese Konsequenz scheinen sich die Mitglieder der II. Kommission auch vollständig klar gewesen zu sein. Vergl. Protokolle II. Lesung S. 2735 ff.: „Die aus dem Erforderniße des Verschuldens zu gewinnende Abgrenzung der beiderseitigen Rechtskreise versage, wenn durch einen in der Person des Handelnden liegenden Umstand die Erkenntniß der Wirkungen, die sein Handeln auf den Rechtskreis des Andern habe, gehindert sei. Die Pflicht zur Anwendung ordnungsmäßiger Sorgfalt, welche die feste, nach einem objektiven Merkmale bestimmte Grenzlinie bilden solle, werde durch ein solches Hinderniß gegenstandslos, und damit entfalle gegenüber dem Irrenden und dem Deliktsunfähigen der Schutz, welcher die Schadensersatzpflicht dem Rechte des Anderen gewähre. Das Verschuldungsprinzip lasse hier eine Lücke, welche nur durch die Aufstellung einer gesetzlichen Garantiepflicht ausgefüllt werden könne. Die Aufstellung einer Garantiepflicht sei eine Fortentwicklung des Gedankens, welcher der Aufstellung eines objektiven Maßstabes für die Fahrlässigkeit zu Grunde liege, damit sei schon eine gewisse Garantiepflicht ausgesprochen." . . .

Die Erweiterung dieser Garantiepflicht auf Irrende und Deliktsunfähige hat in dem beantragten Maßstabe nicht Aufnahme in das Gesetz gefunden.

in welchen sich der Fortschritt der europäischen Kultur geltend gemacht hat, dieser Fortschritt ist das Erwachen des sozialen Gewissens. Unaufhaltsam war diese Strömung schon unter der Herrschaft des geltenden Rechtes, unaufhaltsam, ja noch verstärkt, wird diese Strömung in das Gebiet des B. G.B. hineinfluthen.

Dabei wird ohne Zweifel der Charakter des Thuns durch den Wechsel der Verkehrsanschauung weniger beeinflußt als die rechtliche Bedeutung der Unterlassung. Wer ein Bauwerk an öffentlicher Straße errichtet, ist nach römischer und heutiger Anschauung verpflichtet, Schutzmaßnahmen zur Sicherung Dritter zu treffen. In solchen und gleichartigen Verhältnissen wird der technische Fortschritt im Laufe der Zeit mannigfache Veränderungen bedingen, in der Pflicht zur Herstellung von Schutzmaßnahmen herrscht Uebereinstimmung, die Bauthätigkeit, das Thun, macht die Erfüllung dieser Pflicht zu einer unabweisbaren und augenfälligen Nothwendigkeit. Wie anders verhält es sich mit der Beurtheilung der Unterlassung!

Wir denken beispielsweise an die Pflicht des Hauseigenthümers, für sichere Zugänge im Innern seines Hauses Sorge zu tragen, an seine Pflicht zur Treppenbeleuchtung, wir haben auch im Sinne die Pflicht der Stadtgemeinden und des Staatsfiskus, die öffentlichen Straßen und Brücken in einer den Verkehr sichernden Weise im Stande zu erhalten. Die Erkenntniß derartiger Pflichten setzt schon ein feineres Gefühl für die auf die Mitmenschen zu nehmenden Rücksichten voraus, sie sind mehr der Niederschlag sittlicher Anschauungen und stehen daher in Abhängigkeit von dem Wandel dieser Anschauungen.

Hätte man sich diese Erscheinung früher klar gemacht, so wäre es vielleicht nicht nöthig gewesen, Jahrzehnte hindurch sich mit der römisch-rechtlichen Streitfrage des aquilischen Verschuldens abzugeben. Man hätte sich dann sagen können, daß die Dürftigkeit der Quellen mit Bezug auf die rechtlichen Folgen der Unterlassung durch den Individualismus der Römer genügend erklärt werde.[11])

---

[11]) Vergl. über die Streitfrage selbst: Busch, Archiv für civil. Praxis Bd. XLV S. 193ff., Pernice, Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Rechte (1867), Dernburg, Pandekten 3. Aufl. Bd. II S. 131 A. 11, Windscheid, Pandekten II § 455 Nr. 2. Aus der Rechtsprechung seien angezogen: Seuffert's Archiv Bd. XXV Nr. 128 (Lübeck 18./2. 1871), Bd. IV Nr. 96 (Dresden 1850), Bd. XXXI Nr. 37 (Berlin 6./7. 1874), Bd. IV Nr. 119

Suchen wir jetzt von diesen Gesichtspunkten aus die Bedeutung unserer Zwangspflichten zu bestimmen, so tritt uns ein tiefgreifender und bislang viel zu wenig beachteter Unterschied entgegen.

Die große Masse der Zwangspflichten sind nichts anderes als Regeln des individuellen Verhaltens, durch welche eine abstrakte Gefahr beseitigt werden soll, es sind aus der Erfahrung des Lebens abgeleitete Verhaltungsmaximen, welche den Durchschnittsfall treffen sollen, sie liegen ihrer Zweckbestimmung nach innerhalb der Grenzen des civilrechtlichen Pflichtenkreises, ohne aber mit diesen Grenzen für jeden Einzelfall zusammen zu fallen.[12]) Durch derartige Pflichten wird die civilrechtliche Verantwortung in dem konkreten Falle einer Rechtsverletzung weder extensiv noch intensiv erschöpft. Wer ihnen nachlebt, erfüllt seine staatsbürgerlichen Pflichten und vermeidet strafrechtliche Untersuchungen. Allein ebensowenig wie der Gehorsam gegen die betreffenden Vorschriften civilrechtlich entlastet, ebensowenig ist der Ungehorsam als solcher eine die Fahrlässigkeit begründende Handlung. Der Unternehmer einer konzessionirten Anlage ist verpflichtet, die erforderlichen,[13]) nicht nur die polizeilich angeordneten Schutzvorrichtungen zu treffen, er hat vielleicht unter gegebenen Verhältnissen Anlaß gehabt, andere als die vorgeschriebenen Maßnahmen zu ergreifen, um Schaden abzuwenden, welcher alsdann doch nicht abgewandt werden konnte, er wird wegen Uebertretung der Vorschrift strafbar bleiben, er wird aber nicht wegen fahrlässiger Rechtsverletzung herangezogen werden können, wenn seinen Maßnahmen von sachverständiger Seite das Zeug-

(München 28./3. 1851), Bd. XXIX Nr. 237 (Berlin 7./5. 1874), Bd. XV Nr. 129 (Dresden 8./4. 1862), Bd. X Nr. 165 (Braunschweig 1856), Bd. XIII Nr. 28 (Lübeck 23./3. 1839), Bd. XVI Nr. 220 (Wolfenbüttel 31./3. 1846), Bd. XXXII Nr. 238 (Stuttgart 24./11. 1876), Bd. XXXI Nr. 29 (R.O.H.G.), Bd. XLV Nr. 90 (Hamburg 16./11. 1889), Jur. Wochenschrift Jahrg. 1892 S. 245 Nr. 33 und Jahrg. 1894 S. 266 Nr. 23 (Urtheile des Reichsgerichts), ferner Jur. Wochenschrift Jahrg. 1893 S. 274 Nr. 32 (Reichsgericht), R.G.E. in Civilsachen Bd. XXI S. 104 und die dort Citirten sowie Bd. XXXI S. 62.

[12]) Zu diesen Vorschriften gehören z. B. das Verbot des zu schnellen Reitens und Fahrens auf öffentlichen Straßen, namentlich bei Kreuzungen, das Verbot des Hetzens von Hunden auf Menschen, das polizeiliche Gebot der Treppenbeleuchtung, aber auch das Verbot des Verkaufs von gesundheitsschädlichen Nahrungsmitteln nach dem Gesetze vom 14./5. 1879. Vergl. F. Rotering, Polizeiverordnungen und Polizeiverordnungsrecht S. 7 ff., namentlich S. 15—20.

[13]) Zutreffend R.G.E. in Strafsachen Bd. XVIII S. 73.

niß regelrechten Verhaltens ausgestellt werden muß. Damit soll nicht gesagt sein, daß jenen Vorschriften nun jede Bedeutung für die Rechtsanwendung zu versagen sei, sie werden im Gegentheil in vielen Fällen als erprobte Erfahrungssätze einen Beweisgrund dafür bilden, ob die erforderliche Sorgfalt beobachtet oder nicht beobachtet worden ist,[14]) diese ihre Bedeutung ist jedoch keine normgesetzliche.

Im Gegensatze zu dieser Gruppe finden sich in unserer Rechtsordnung Zwangspflichten, deren Zweckbestimmung zwar keine andere ist, welche aber durch ein wesentliches Merkmal ausgezeichnet sind, das der zuerst genannten Gruppe fehlt. Dieses Merkmal ist die Thatsache, daß dieselben außerhalb des durch die civilrechtliche Verantwortung gezogenen Pflichtenkreises gelegen sind. Wenn in einer Verkehrsordnung den Anliegern geboten wird, den Bürgersteig bei Glatteis mit Sand zu bestreuen, so steht ein solches Gebot in keinem Zusammenhange mit der allgemeinen Pflicht zur Anwendung der erforderlichen Sorgfalt, es ist lediglich der Ausdruck einer öffentlich-rechtlichen Last, welche im Gegentheil, nach der Verkehrsregel, dem Inhaber des Bürgersteiges, gewöhnlich also der Stadtgemeinde, obliegen würde, und welche nur aus Zweckmäßigkeitsgründen auf die Anlieger abgewälzt worden ist.[15]) Jenes Merkmal ist der springende Punkt in der Frage, welche jetzt die Wendung annimmt: Verpflichtet das Verbot schuldhafter Rechtsverletzung auch zur Innehaltung solcher Pflichten, welche nicht aus dem Verbote selbst, nicht aus dem imperativischen „neminem laede" abgeleitet werden können? Es kann sich dabei nur um Gebotsvorschriften handeln, nicht auch um Verbotsvorschriften, denn Handlungen, welche zur Beseitigung einer Gefahr für Rechtsgüter besonders verboten werden, werden in den Rahmen des civilrechtlichen Pflichtenkreises hineingehören, es handelt sich auch nicht um alle, sondern nur um solche Gebotsvorschriften, welche eben über das civilrechtlich gebotene Maß von Verantwortung hinausgehen.

---

[14]) So für das Nahrungsmittelfälschungsgesetz R.G.E. in Strafsachen Bd. VI S. 41.

[15]) Ob eine solche Last durch Polizeiverordnung aufgestellt werden kann, richtet sich nach den Landesgesetzen. Für Preußen wird die Zulässigkeit in der Rechtsprechung bejaht. Vergl. Johow, Entsch. des Kammergerichtes Bd. VI S. 284.

Die aufgeworfene Frage muß bejaht werden. Gebotsvorschriften der fraglichen Art haben den erkennbaren Zweck, Rechtsgüter zu schützen, so daß die belastete Person die Möglichkeit einer Rechtsverletzung als Folge der Nichtbeachtung des Gebotes vorhersehen kann, unzweifelhaft muß das negative Verhalten jener Person gegenüber der Gebotsvorschrift im Falle einer Rechtsverletzung als Ursache und Schuld bezeichnet werden. Ist das aber richtig, so ist kein Grund vorhanden, die Widerrechtlichkeit der Rechtsverletzung aus dem Grunde zu leugnen, weil das diese Widerrechtlichkeit begründende Pflichtgebot durch Gesetz oder Verordnung aufgestellt worden ist.

Derartigen Vorschriften muß nach diesen Ausführungen eine normgesetzliche Bedeutung zuerkannt werden, sie können vom Standpunkt der civilrechtlichen Verantwortung einer Nachprüfung nicht unterzogen werden, sie sind innerhalb der Grenzen ihrer Wirksamkeit erschöpfend und werden so zu Zwangspflichten auch für das Civilrecht. Es sind aber keine Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 B. G.B., nicht der Verstoß als solcher, sondern nur eine durch den Verstoß verursachte und verschuldete Rechtsverletzung macht haftbar, und es kann nicht jeder beliebige Schaden, sondern nur der in Folge einer Rechtsverletzung entstandene Schaden geltend gemacht werden.

Der gekennzeichnete Unterschied in den Zwangspflichten läßt sich auch so bestimmen, daß dieselben bald nur polizeiliche Bedeutung haben (polizeiliche Zwangspflichten), bald auch civilrechtlich bindend werden (auch civilrechtliche Zwangspflichten). Dieser Unterschied macht sich nun namentlich auch in der Frage nach der Bedeutung der Nichtkenntniß der Norm geltend. Der Thatbestand der Fahrlässigkeit wird nach dem B. G.B. ausgeschlossen, wenn der Thäter entschuldbarer Weise die Rechtswidrigkeit des Erfolges nicht erkannt hat. Der Thäter handelt dann ebenso wie bei einem Irrthum über die ursachliche Bedeutung seines Thuns als ein Spielball fremder Kausalität. Der § 707 des I. Entwurfs, welcher den Irrthum über die Erlaubtheit einer Handlung ausdrücklich als einen die Haftpflicht ausschließenden Grund aufstellte, ist nur gestrichen worden, weil sein Inhalt als selbstverständlich angesehen wurde; ebenso ist die Entschuldbarkeit des Rechtsirrthums trotz Wegfalls des § 146 I in der Sache beibehalten worden. Theoretisch genommen kann also die Nichterkenntniß der Rechtswidrigkeit sowohl auf dem Nichtkennen von Thatsachen, z. B. dem Nichtkennen des

Eigenthumsrechtes eines Anderen, als auch auf dem Nichtkennen einer Rechtsnorm beruhen. Zu solchen Normen gehören nun aber nach unserer Meinung diejenigen Vorschriften nicht, deren civilrechtliche Anwendbarkeit für jeden einzelnen Fall durch die eigene Verantwortung des Individuums bestimmt wird. Wer ohne polizeiliche Erlaubniß der Bestimmung des § 367 Nr. 8 R.St.G.B. zuwider an bewohnten Orten Feuerwerkskörper abbrennt,[16]) wird niemals durch die Nichtkenntniß der bezeichneten Bestimmung entschuldigt, seine civilrechtliche Verantwortung wird nicht einmal durch die polizeiliche Erlaubniß aufgehoben, wenn er bei dem Abbrennen selbst nicht die erforderliche Sorgfalt beobachtet hat. Die abfällige Kritik v. Liszt's in den Beiträgen zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Heft 5 S. 41, beruht darauf, daß der Verfasser den Unterschied zwischen jenen beiden Gruppen von Zwangspflichten nicht erkannt hat, und war schon dem I. Entwurf gegenüber unbegründet, weil die an sich gefährlichen Handlungen in dem Falle der Rechtsverletzung schon aus § 704 Abs. 2 des I. Entwurfes haftbar machen, aus demselben Grunde können die Bedenken Unger's, Handeln auf eigne Gefahr S. 51 und 52, dem jetzt vorliegenden Gesetze gegenüber, nicht als schlüssig angesehen werden. Bei den nur polizeilichen Zwangspflichten — wir behalten der Kürze wegen den Ausdruck bei — liegt der Grund der Ersatzpflicht eben gar nicht in der Thatsache ihrer gesetzlichen Anerkennung, diese gesetzliche Anerkennung bildet vielmehr, wie bereits hervorgehoben wurde, höchstens einen Beweisgrund für die allein entscheidende Frage, ob die erforderliche Sorgfalt angewandt worden ist. Bei den auch civilrechtlichen Zwangspflichten stellt dagegen die gesetzliche Vorschrift erst das die Fahrlässigkeit bedingende Moment her, bezüglich dieser Vorschriften kann daher die Berufung auf die Nichtkenntniß der Norm nicht versagt werden.

In den vorstehenden Erörterungen haben wir lediglich solche Vorschriften in Betracht gezogen, deren Zweckbestimmung es ist, Gefährdungen von Rechtsgütern auszuschließen, genauer ausgedrückt Vorschriften,

---

[16]) Das Beispiel trifft genau genommen nur insofern zu, als das Abbrennen von Feuerwerkskörpern an bewohnten Orten verboten ist. Das Gebot der polizeilichen Erlaubniß steht außerhalb des ursachlichen Zusammenhanges. Vergl. die folgende Ausführung im Text.

durch welche Handlungen verboten oder geboten werden, deren Vornahme oder Nichtvornahme die Ursache für eine Rechtsverletzung bilden kann. Bei Vorschriften, bei denen diese Möglichkeit des ursachlichen Zusammenhanges nicht gegeben ist, kann die Frage nach der civilrechtlichen Bedeutung schlechterdings nicht aufgeworfen werden. Diese Erwägung scheidet namentlich die wichtige Gruppe aller derjenigen Vorschriften aus, durch welche die Vornahme einer Thätigkeit von einer behördlichen Genehmigung abhängig gemacht wird, beispielsweise den § 16 der G.O. Der Mangel der behördlichen Genehmigung ist ebensowenig geeignet, die Verantwortung des Unternehmers für die ohne Genehmigung vorgenommenen Veranstaltungen zu begründen, als das Vorhandensein der Genehmigung geeignet ist, die Verantwortung zu beseitigen. Ursache, und mit ihr die Schuld, liegt in der Art der Veranstaltungen selbst.

Diese nach unserer Meinung unbestreitbare Rechtswahrheit ist bekanntlich im Gebiete des Allg. Preuß. Landrechtes durch die Vermuthung aus § 26 I. 6 in ihr Gegentheil verkehrt worden. Zur Illustration des hierdurch entstandenen Rechtszustandes sei an den bei Gruchot Bd. 34 Nr. 10 S. 474 mitgetheilten Fall erinnert.

> Seitens eines Kriegervereins war ein Böllerschießen veranstaltet worden, ohne daß die erforderliche polizeiliche Genehmigung erwirkt worden war: Knaben hatten nach Beendigung des Schießens mit den Böllern gespielt, dem einen Knaben war durch einen Schuß das Auge verletzt worden.

Das Reichsgericht hat auf Grund dieses Thatbestandes die Veranstalter des Böllerschießens aus § 26 I 6 Allg. Pr. L.R. verantwortlich gemacht, weil sie es unterlassen hätten, die polizeiliche Genehmigung heranzuziehen.

Ob die Entscheidung nach Allg. Pr. L.R. gerechtfertigt ist, kann hier dahingestellt bleiben, sie würde unhaltbar sein in allen Rechtsgebieten, in welchen der Nachweis des ursachlichen Zusammenhanges zwischen Schuld und Schaden gefordert wird. Dieser ursachliche Zusammenhang liegt offenbar nicht vor. Was hat das Spielen der Knaben mit der polizeilichen Erlaubniß des Schießens zu thun? Wäre der Unfall etwa bei Auswirkung der polizeilichen Genehmigung vermieden worden? Möglicherweise haben die Veranstalter des Böllerschießens insofern fahrlässig gehandelt, als sie es unterlassen haben,

die nicht gebrauchten Böller unschädlich zu machen, sie hätten sich dann einer fahrlässigen Körperverletzung schuldig gemacht, nimmermehr kann sie aber der Mangel der Genehmigung treffen. Oder soll etwa die Genehmigung, wenn sie ertheilt ist, ein Freibrief werden für Handlungen, durch welche die Rechtsgüter Anderer gefährdet werden?

Der Fall bedarf keines weiteren Kommentares, er beweist, wie gefährlich eine derartige Rechtsvermuthung oder Fiktion für das praktische Rechtsleben werden kann. Nichtsdestoweniger ist in den Verhandlungen der Reichstagskommission (S. 59) der Versuch gemacht worden, wenn auch mit Einschränkungen, jener Rechtsvermuthung Eingang in das B. G.B. zu verschaffen. Wir betrachten es als ein Glück, daß dieser Versuch „mit großer Majorität" zurückgewiesen worden ist.[17])

Wir fassen das Gesammtergebniß unserer bisherigen Ausführungen dahin zusammen:

Der Verstoß gegen die im Interesse der Gesammtheit den Einzelnen kraft Gesetzes auferlegten Zwangspflichten macht als solcher weder nach gemeinem Rechte noch nach dem B. G.B. für den entstandenen Schaden verantwortlich, namentlich kennzeichnet sich ein derartiger Verstoß nicht als ein Verstoß gegen ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 des B. G.B. Gewisse Zwangspflichten können dagegen als ein Element im Thatbestande schuldhafter Rechtsverletzung herangezogen werden, nämlich diejenigen, durch deren Nichterfüllung eine Rechtsverletzung verursacht und verschuldet werden kann. Unter diesen Zwangspflichten besteht wiederum ein rechtlicher Unterschied, indem die eine Gruppe lediglich abstrakte Regeln des individuellen Verhaltens umfaßt, deren konkrete Bedeutung in Ansehung einer Rechtsverletzung erst durch den civilrechtlichen Maßstab der persönlichen Verantwortung bestimmt wird. Zu dieser Gruppe gehört die große Masse aller Gebots- und Verbotsvorschriften. Die andere und kleinere Gruppe steht in keinem Zusammenhange mit dem sonst vorhandenen Pflichtenkreise, sie umfaßt nur wenige über diesen Pflichtenkreis hinausgehende Gebotsvorschriften,

[17]) In der Reichstagskommission (Bericht S. 59) wird der Antrag auf Aufnahme der Rechtsvermuthung mit ähnlichen Bestimmungen des schweizerischen und französischen Rechtes begründet. Uns sind solche Bestimmungen nicht bekannt.

und fordert auch vom civilrechtlichen Standpunkte aus bedingungslosen Gehorsam.

Dieses Ergebniß schränkt die normgesetzliche Bedeutung unserer Zwangspflichten außerordentlich ein und zwingt den Richter zu einer sorgfältigen Individualisirung des Einzelfalles, gerade aus diesem Grunde muß dasselbe als ein wünschenswerthes bezeichnet werden. Wollte man anders entscheiden und den Maßstab für Schuld und Unschuld ganz allgemein in den Gehorsam gegen jene Zwangspflichten verlegen, so würde das eine polizeiliche Ueberwachung des Civilrechtes bedeuten, an die Stelle des Bewußtseins persönlicher Verantwortung würde die Schablone eines äußerlich bestimmten Pflichtenkreises, an die Stelle der persönlichen Einsicht und Erfahrung würde das Reglement gesetzt sein.[18])

Hiermit könnten wir die Arbeit abschließen, wenn es nicht noch von Interesse wäre, die Tragweite der erörterten Grundsätze für die Haftbarkeit der deliktsunfähigen Personen zu verfolgen. Es sei uns gestattet, über diesen Punkt noch einige Bemerkungen anzuschließen.

Zu den deliktsunfähigen Personen gehören Wahnsinnige und Minderjährige. Die Deliktsunfähigkeit der juristischen Personen kann füglich bei dem gegenwärtigen Stande der Rechtsprechung in die

---

[18]) Zu diesen Konsequenzen führt für das Gebiet des Allg. Preuß. Landrechts die Bestimmung des § 9 Tit. VI Th. I

> „Unterlassung einer Zwangspflicht wird einer Kränkung oder Beleidigung gleich geachtet",

in Verbindung mit der oben angeführten Rechtsvermuthung bezüglich des Kausalzusammenhanges.

In England, wo das Schadensersatzrecht „in virtue of the common law jurisdiction of the Court" auf der Grundlage römischer Anschauungen fortgebildet worden ist, ist die Ersatzpflicht nach der herrschenden Meinung begründet, wenn die wissentliche Nichterfüllung einer besonderen gesetzlichen Pflicht vorliegt, vorausgesetzt, daß der in Folge der Nichterfüllung der Pflicht thatsächlich eingetretene Schaden durch das betreffende Gesetz gerade verhütet werden sollte. Ein Unterschied in der Qualität der gesetzlichen Pflicht wird dabei nicht gemacht.

Uebrigens hat in England die Lehre von dem ursachlichen Zusammenhange nicht die klare Durcharbeitung erfahren, welche ihr in Deutschland zu Theil geworden ist. Vergl. The law of Torts by Fredereck Pollock, London, Stevens a. Sons, insbes. S. 9, S. 36 ff.

Rumpelkammer veralteter Theorien geworfen werden.[19]) Die juristische Person tritt durch ihre Vertreter in das Rechtsleben ein, sie ist im Verkehre denselben Pflichten unterworfen, welchen physische Personen unterworfen sind, und haftet, wenn diese Pflichten von ihren Vertretern verletzt werden, bei dem Vorhandensein der sonstigen Voraussetzungen wegen schuldhafter Rechtsverletzung auf Schadensersatz. Man muß sich dabei vollständig von der Vorstellung losreißen, als ob eine Haftung für Andere vorliege, die Haftung der juristischen Personen für eine durch Fahrlässigkeit der verfassungsmäßigen Vertreter verursachte Rechtsverletzung ist, wenn das Pflichtgebot die juristische Person trifft, eine unbedingte und prinzipale. Diesen schon jetzt herrschenden Grundsätzen entsprechend hat das B. G.B. im § 31 bestimmt: „Der Verein ist für den Schaden verantwortlich, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstandes oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene zum Schadensersatze verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt." Die §§ 86 und 89 gebieten die Anwendung dieser Vorschrift auf Stiftungen sowie auf den Fiskus, die Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechtes, auf die Gruppe der öffentlich-rechtlichen Personen aber nur in so weit, als privatrechtliche Beziehungen in Frage stehen; die Haftung für den durch die Beamten in Ausübung der öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden bleibt den Landesrechten (vgl. Art. 77 des Einf.Ges. zum B. G.B.) vorbehalten. Diese Regelung bedeutet auf privatrechtlichem Gebiete die gesetzliche Mündigerklärung der juristischen Personen.

Entgegengesetzt ist die Rechtslage der Wahnsinnigen und Minderjährigen. Gegen sie kann irgend eine Verantwortlichkeit für unerlaubte Handlungen ihrer gesetzlichen Vertreter nicht konstruirt werden,[20]) namentlich folgt eine solche Verantworlichkeit nicht aus § 278 des B. G.B. Jener Paragraph bezieht sich nach dem systematischen Zusammenhange und auch nach seinem Wortlaute nur auf den Inhalt schon bestehender Schuldverhältnisse und regelt die Vertretbarkeit des

[19]) Vergl. beispielsweise Dernburg, Pandekten 3. Aufl. Bd. I § 66 S. 154ff. Dagegen allerdings Löning, Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten.

[20]) Vergl. Motive zum B. G.B. Bd. II S. 31 A. 1, S. 737 oben.



Verschuldens der gesetzlichen Vertreter unter der Voraussetzung, daß dasselbe bei der Erfüllung der Schuldverbindlichkeit vorgekommen ist.

Praktisch wird die Frage in den Fällen, in denen das Pflichtgebot die deliktsunfähige Person trifft, während die Erfüllung zu den Obliegenheiten des gesetzlichen Vertreters gehört. Beispiele sind die Pflicht zur Treppenbeleuchtung, die Pflicht, für sichere Zugänge im Innern des Hauses Sorge zu tragen, die Pflicht, bei Glatteis den Bürgersteig mit Sand zu bestreuen; alles Pflichten, welche an den Eigenthümer des Hauses gerichtet sind. Wer haftet, wenn in Folge des Verstoßes gegen diese Pflichten eine Rechtsverletzung verursacht worden ist? Da es sich lediglich darum handelt, ob der Thatbestand schuldhafter Rechtsverletzung begründet ist oder nicht, so ist es gewiß, daß der Wahnsinnige nicht haftet. Ebensowenig haftet der Minderjährige unter 7 Jahren, es haftet aber auch der in das kritische Alter eingetretene Minderjährige nicht, ja nicht einmal der deliktsfähige Minderjährige, wenn ihnen die Verletzung der in das Ressort des Vormundes einschlagenden Pflichten nicht zur Schuld angerechnet werden kann.

Dagegen erscheint die Haftung des gesetzlichen Vertreters in der Regel als begründet, denn er ist derjenige, dem es obliegt, für die Erfüllung jener Pflichten Sorge zu tragen, das ist seine durch das Amt gebotene Pflicht, in der Versäumung dieser Pflicht liegt die Schuld, der Grund der Haftung. Der Schaden wird, wenn der Thatbestand so ist wie angegeben, durch den Vormund verursacht und verschuldet. Diese Auffassung ist schon diejenige des gemeinen Rechtes, sie muß auch für das B. G.B. (vgl. § 832) behauptet werden. Für die Haftung des gesetzlichen Vertreters ist der oben gekennzeichnete Unterschied in den Zwangspflichten ohne rechtliche Bedeutung.

4.

Civilistische Rundschau.

Von Paul Oertmann.[1])

I. Rechtsphilosophie und allgemeine Rechtslehre.

Die juristische Litteratur des In- und vielfach selbst des Auslandes steht derzeit unter dem Zeichen des bürgerlichen Gesetzbuches. Daß dahinter, und zwar voraussichtlich auf längere Zeit hinaus, andere Arbeiten zurücktreten müssen, ist eine vielleicht bedauerliche, aber unbestreitbare Thatsache, von der schon die diesmalige Berichtsperiode Kunde ablegt. Sie weist an Arbeiten allgemein rechtswissenschaftlichen und rechtsgeschichtlichen Inhalts gleich wenig auf.

Der Rechtsphilosophie gehört nur eine Arbeit von Ritter[2]) über Plato's Gesetze an. In diesem Werke wird uns von dem griechischen Weisen „die reifste Frucht seines Nachdenkens über sittliche Fragen geboten", und wenn die

---

[1]) Wenn Stutz in der Zeitschr. f. Rechtsgesch. Bd. 17 Germ. Abth. meine das Buch von Thudichum (cf. Bd. X S. 304) angeblich „mit den größten Lobsprüchen überhäufende" Besprechung zum Ausgangspunkt seiner sehr scharfen Kritik macht, so erweist er der „Rundschau" dadurch zwar sehr viel Ehre, bekundet aber zugleich seine völlige Verkennung ihres Zweckes und Charakters. Nicht auf eine, dem Einzelnen gegenüber der Fülle von so verschiedenartigen Erscheinungen unmögliche, streng fachmäßige Kritik kommt es mir und, glaube ich, auch meinen Lesern an, sondern auf Gewinnung einer Gesammtübersicht, an die sich nur hie und da in freier Auswahl kritisirende Bemerkungen anknüpfen. Daß ich dabei mit nichten immer lobe und daß vor allem das Referat über Th. dies nicht durchweg thut, wird jeder vorurtheilslose Leser bestätigen können. Freilich betrachte ich es nicht als meine Aufgabe, über Werke älterer sonst verdienter Gelehrten mit ein paar Worten kalt den Stab zu brechen, selbst wenn sie der angreifbaren Punkte viele bieten. Da hebe ich meinem Zwecke entsprechend lieber die Lichtseiten hervor und überlasse es den gelehrten engeren Fachgenossen der betreffenden Autoren, an den dafür bestimmten Stellen die eigentliche Kritik zu üben. Wer von der Rundschau mehr verlangt, stellt Anforderungen, denen zu genügen ich wenigstens außer Stande bin.

[2]) Const. Ritter, Plato's Gesetze. Darstellung des Inhalts. Leipzig, Teubner 1896. IX und 162 S. Preis M. 3,20.

„Gesetze" dem „Staate" an Kühnheit des Entwurfs nachstehen, so übertreffen sie ihn an Fülle der Erfahrung und Reife des Urtheils (s. Vorwort). Darum ist Ritter's Idee, diesem gemeinhin vernachlässigten Werke allgemeine Aufmerksamkeit zu verschaffen, dankenswerth. Indem er, unter Weglassung des einer besonderen Arbeit zu überweisenden gelehrten Apparates, keine vollständige Uebersetzung, sondern nur eine zwar treue, aber doch wesentlich verjüngte Uebersicht des Inhaltes giebt, kann er zugleich die oft beklagten und die bisherige Vernachlässigung verschuldenden Mängel der Platonischen Darstellungsform zurücktreten lassen.

Zur allgemeinen Rechtslehre zählt wenigstens in seinem ersten Theile das gut geschriebene und gedankenreiche Buch von Brodmann,[3]) das freilich mehr anregt, als daß es in seiner aphoristischen Kürze die darin behandelten fundamentalen Fragen befriedigend beantworten könnte. Die Abhandlung über Stoff und Struktur des Rechts vertritt mit zum Theil neuen Gründen die Thon-Bierling'sche Lehre von der imperativen Natur alles Rechtes (cf. S. 16, 27, 31) und weist im übrigen nach, daß die subjektiven Rechte nur dem Gebiete des Abstrakten angehören, während konkret immer nur Thatbestände vorhanden sind, cf. S. 50.

Damit ist der Uebergang zur zweiten Studie gegeben, die einen wesentlich prozessualen Inhalt hat. Verfasser behandelt die Lehren vom Klagegrund, wo er mit Erfolg die Substantiirungstheorie vertritt: nur die (konkreten) Thatsachen hat die Partei anzuführen, nicht die (abstrahirende) juristische Subsumtion vorzunehmen, S. 76. Bei der Rechtskraft steht Verfasser der Savigny'schen Lehre nahe; auch nach § 293 C.P.O. ist nur die extensive Rechtskraft beschränkt auf den eingeklagten Anspruch, während die intensive auch heute noch unbegrenzt gilt. „Hier besteht die Fiktion der Wahrheit in der Fiktion, daß auch die Konklusionen, die zum Urtheil geführt haben, richtig sind", S. 84. Ausführlicher behandelt Br. das sogenannte qualifizirte Geständniß und thut mit vortrefflicher Begründung dar, daß die Beweislast im Allgemeinen hier dem Beklagten obliege, soweit er die zum Klagegrunde genügenden Thatsachen zugebe und nur für die Zwecke seiner Vertheidigung andere daran reihe, S. 98, 108, 110. Das Geständniß kann daher sehr wohl getheilt, oder richtiger aus den Erklärungen des Beklagten „sorgfältig herausgeschält" werden.

II. Rechtsgeschichte.

Die dritte Auflage von Heilfrons[4]) Repetitorium (cf. X, 303) zeigt — von dem veränderten Titel abgesehen — nur wenig belangvolle Aenderungen, so daß hier der kurze Hinweis auf das brauchbare und rasch beliebt gewordene

---

[3]) Erich Brodmann, Vom Stoffe des Rechts und seiner Struktur. Das Recht im Prozeß. Zwei Abhandlungen. Berlin, Guttentag 1897. 118 S. Preis M. 2,50.

[4]) D. E. Heilfron, Amtsrichter, Römische Rechtsgeschichte. Dritte Auflage. Berlin, Speyer u. Peters 1897. XIII u. 461 S. Preis M. 5 geb.

Werkchen genügt. Beigefügt ist die Titelfolge des Bürgerlichen Gesetzbuches, über das Verfasser auch sonst mehrfach Angaben einflicht. Hauptsächlich daraus ergiebt sich ein Anwachsen des Buches um etwa 30 Seiten.

Mit einer höchst eigenthümlichen Erscheinung führt sich Dr. Friedrich Xaver Affolter[5]) in die Wissenschaft ein. Er stellt auf 568 enggedruckten Seiten großen Formats, ohne einen Absatz, bei dem das Auge des geduldigen Lesers Ruhe fände, eine Geschichte des Institutionensystems bei den Römern und — von S. 78 ab — der romanistischen Wissenschaft dar, die nur den einleitenden Theil seines auf drei Bände berechneten Werkes bilden soll. Eigentlich ist es nur eine einzige Kette von Mißverständnissen, ein fortwährendes Verkennen der schier unerforschlichen Weisheit jenes Systems — „der höchsten Blüte der klassischen Jurisprudenz" (!), S. 354 — was uns Affolter in seiner endlosen, selbst die obskursten Autoren vergangener Jahrhunderte nicht verschonenden Dogmengeschichte zu berichten weiß. Dabei kritisirt Verfasser mehr, und zwar recht von oben herab, die älteren und neueren Schriftsteller, z. B. Krüger, als daß er über ihre Meinung unparteiisch zu referiren wüßte. Selbst ein Donellus muß sich sagen lassen, daß, seinem Charakter und seiner Gelehrsamkeit alle Ehre (! — wie human!), seine Auffassung der Quellen nicht tiefer und nicht gründlicher war, als die seiner Zeitgenossen, S. 102. Und das nur um deswillen, weil der große Franzose über Sinn und Bedeutung der Gaianischen, nach Affolter schon auf Qu. Mucius Scaevola zurückreichenden Dreitheilung der personae, res und actiones eine andere Meinung zu haben sich erdreistete, als unser Verfasser. Und solche Mißverständnisse haben es angeblich verschuldet, daß die „Allgemeinen Theile" unserer Rechtssysteme systematisch wahre Mißgeburten seien — ein Vorwurf, der wie ich glaube, viel eher dem Buche Affolter's zu machen ist. Ich wenigstens kann mir nichts Unsystematischeres denken, als die von ihm beliebte Art, die Dogmengeschichte noch mit zahllosen Einzelbemerkungen und exegetischen Untersuchungen zu belasten, die mit dem Wesen des Institutionensystems bestenfalls in sehr entferntem Zusammenhang stehen.

Ueber die Grundidee des Verfassers heute schon ein Urtheil abzugeben, wäre unmöglich. Was er im vorliegenden Bande darüber mittheilt, ist so bedenklich und vor allem unbewiesen, daß er damit wenig Beifall finden dürfte. Er will an Stelle des in seiner Bedeutung heute überschätzten (?) Begriffes des subjektiven Rechts (S. 147—529) den des objektiven Rechtsverhältnisses setzen, und den „Allgemeinen Theil" zu einer Lehre von der „Trias iuridica", der Rechtsordnung, den Rechtsverhältnissen und den Thatbeständen umgestalten.

Personae, res und actiones stellen die drei Arten der Rechtsverhältnisse dar — Personen sind also nicht, wie man bisher annimmt, etwas Körperliches (S. 562), Rechtssubjekte, res nicht Sachen, sondern beide sind „objektive Rechtsverhältnisse" (so auch in der Zusammensetzung res mancipi", S. 521); actio ist

[5]) Dr. Fr. X. Affolter, Das Römische Institutionensystem, sein Wesen und seine Geschichte. Einleitender Theil. Berlin, Puttkammer u. Mühlbrecht 1897. VII u. 568 S. Preis M. 12.

die res in ihrer gerichtlichen Behauptung und Geltendmachung, S. 10. Was man sich unter diesen jedenfalls recht unklar vorgetragenen Begriffen zu denken habe, läßt uns Verfasser nicht errathen (cf. nur die Bemerkung S. 545), und die elementare Wahrheit, daß ein „Verhältniß" nothwendig zwei darin stehende Faktoren voraussetzt, hindert ihn nicht, seine objektiven (wieso objektiv?) Rechtsverhältnisse von der Existenz eines Subjektes für unabhängig zu erklären, S. 379, 465.

Auch sonst sorgt Verfasser für überraschende Behauptungen. Die ganze Rechtsweisheit der Römer soll schon dem collegium pontificum entsprungen sein — dessen Jurisprudenz ragt über die Rechtswissenschaft anderer Völker und Zeiten hervor, wie die griechische Philosophie über die der Römer, S. 519. Die Priester haben durch einen jährlich wechselnden Delegierten die Prozesse geleitet, S. 10, 169 — eine bekanntlich schon oft widerlegte Folgerung aus einer zweideutigen und mißverstandenen Pomponius-Stelle! Aus seiner innigen Verquickung mit der Religion erklärt sich die Vortrefflichkeit des Römischen Rechts, S. 499. Auch über das Verhältniß des Privatrechts zum öffentlichen finden sich höchst seltsame Vorstellungen, S. 401, 419. Die condictio causa data soll einer „vertragsmäßig begründeten Obligation" entstammen, S. 269, das alte Civilrecht bereits den ädilicischen Klagen nahe verwandte Gebilde gekannt haben, S. 23.

Werthvoller scheinen mir manche andere gelegentlich eingestreute, leider im Wust der Dogmengeschichte wenig zur Geltung kommende Erörterungen, so über die Rechtskraft, bei der Affolter die positive Funktion verwirft und dafür eine immerhin beachtenswerthe Lehre von der dreifachen Identität (der realen, analytischen und synthetischen) verficht, cf. S. 278 ff., 287, 294. Aber auch dabei fehlt es nicht an ganz abwegigen Sätzen, indem Affolter z. B. S. 222 die Unmöglichkeit behauptet, expressa causa in rem zu klagen, und zwar, weil der sich auf einen Erwerbsthatbestand stützende Kläger damit die übrigen möglichen als nichtig erkläre!

Als bezeichnend für die überschwänglich-unbesonnene Art des Verfassers will ich noch den Satz mittheilen, mit dem er den phrasenhaften Ausspruch Ulpians (l. 41 D. I, 3): „totum ius consistit aut in adquirendo, aut in conservando, aut in minuendo" charakterisirt, S. 547: „Ich wüßte keine Quellenstelle, in welcher in gleich geistvoller Weise, mit derselben Stoffbeherrschung von ebenso erhabenem Standpunkte aus ein verkürztes Spiegelbild der gesammten Rechtswelt entworfen wird." Man sieht, Kühnheit und Phantasie sind unserem Verfasser in nicht gewöhnlichem Maße zu eigen!

Eine akademische Rede Conrat's[6]) giebt ein faßliches, klar heraustretendes Bild von der Eigenart des Rechtsunterrichts im älteren und namentlich jüngeren (christlichen) römischen Reich. Der Gegensatz des Unterrichts in der Rechtswissenschaft von dem in der Gerichtsberedsamkeit, der die griechische

---

[6]) Prof. Dr. Max Conrat (Cohn), Der Rechtsunterricht im römischen Reiche, Grünhut's Zeitschr. Bd. 23 S. 401—32.

Rhetorik zum Gegenstande hat, wird treffend hervorgehoben. Erst etwa seit Constantin zeigt sich in Ostrom in Wissenschaft und Gesetzgebung der Einfluß rhetorischen Stils, was wohl vorzugsweise damit zusammenhängt, daß für den Fürsprech die Absolvirung des juristischen Kursus nunmehr nothwendig wird und damit die alte Scheidung ihren Boden verliert, S. 429.

Horten bringt zu seinen früher an dieser Stelle besprochenen Arbeiten noch einen Nachtrag,[7]) der in seinem „wichtigsten und schwierigsten" Theile das Schlußergebniß gewinnt, daß im altlongobardischen Recht auch die Vertragshaftung nur eine Ersatzhaftung darstellt, „nicht der Vertrag erzeugt die Pflicht zu einer Leistung . . . sondern einzig und allein die Entgeltleistung, welche derart nach Ausgleich verlangt und Ersatz findet," S. 337. Sollte diese Theſe des Verfassers, was ich hier nicht untersuchen kann, richtig sein, so würde sie zu verwandten Erscheinungen im ältesten Römischen Recht eine beachtenswerthe Parallele darbieten.

III. Gemeines Civilrecht und deutsches bürgerliches Recht.

a) Gesetzesausgaben, Systematische Werke.

Vom Bürgerlichen Gesetzbuch liegen außer zahllosen Textausgaben bereits vier mit längeren oder kürzeren Anmerkungen versehene vor; von Achilles, Fischer-Henle, Gareis und Laudé.[8]) Die von Gareis ist die kürzeste und wohlfeilste davon; sie enthält außer einer knappen, wesentlich historischen Einleitung fast nur den Text, und zwar in besonders gutem Druck und eleganter Ausstattung. Dazu kommen, nicht immer gleichmäßig, kurze orientirende Noten, in denen dankenswerther Weise vielfach auf die entsprechenden Stellen der bisherigen Rechte hingewiesen wird.

Ausführlicher und in Anlage, Umfang und Format einander nahestehend, sind die beiden erstgenannten Ausgaben. Auch sie beginnen mit kurzen Einleitungen, geben dann aber zu den einzelnen Paragraphen des Gesetzes mehr oder minder umfassende Bemerkungen. Achilles schickt außerdem zu den verschiedenen Abschnitten und Titeln bisweilen recht ausführliche Vorbemerkungen voran — so z. B. über ungerechtfertigte Bereicherung S. 223, unerlaubte Hand-

[7]) D. H. Horten, Die Longobardische Schuldverpflichtung. Wien, Manz 1896. 50 S. Preis M. 1,20.

[8]) Bürgerliches Gesetzbuch f. d. Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze: a) in Verbindung mit André, Greiff, Ritgen, Unzner (s. Z. Schriftführer 1. Kommission), herausgegeben von A. Achilles, Reichsgerichtsrath a. D., Berlin, Guttentag 1896. XXVI und 808 S. Preis geb. M. 5,50. — b) in Verbindung mit E. Ebert und H. Schneider herausgegeben von Prof. Dr. O. Fischer und W. Henle. München, Beck 1897. XXVIII und 1142 S. Preis geb. M. 6,50. — c) herausgegeben von Prof. Dr. C. Gareis, Aufl. 2. Gießen, Roth 1897. XXIV u. 508 S. Preis geb. M. 4. — d) für die Praxis herausgegeben und erläutert von A.R. P. Laudé. Berlin, Carl Heymanns Verlag 1897. VIII und 643 S. Preis M. 10.

lungen S. 228, — die bei Fischer fehlen oder sich doch auf wenige Sätze beschränken. Dagegen giebt dieser zu den Einzelbestimmungen ungleich mehr und im Ganzen auch bedeutsameres Material als Achilles, sodaß seine Ausgabe der des letzteren an Werth überlegen sein dürfte. Das Gebotene besteht bei beiden zunächst aus Verweisungen auf verwandte Bestimmungen des B.G.B., namentlich auf Einzelanwendungen der darin aufgestellten allgemeinen Grundsätze, während die bei Gareis beliebten Hinweise auf die bisherigen Gesetze bei ihnen m. E. ungebührlich stark zurücktreten. Aber daneben gewähren beide und vorzüglich Fischer fast überall zwar kurze, aber dankenswerthe und meist beifallswürdige Beiträge zur Interpretation des Gesetzbuches, die um so werthvoller sind, als wir ja vorläufig noch eigentlicher, selbständiger Kommentare entbehren. Daß beide dabei vorzugsweise aus den Motiven und Protokollen schöpfen, war unvermeidlich — doch bietet wenigstens Fischer darüber hinaus auch mancherlei Selbständiges. Wirkliche Versehen sind mir, soweit ich bislang die Bücher benutzen konnte, kaum aufgestoßen, wenn ich auch natürlich nicht allem Gesagten beitrete — und es ist ein gutes Zeichen für beide Ausgaben, daß auch ein so autoritativer Kritiker wie Küntzel (in Gruchot's Beiträgen) deren nur relativ wenige aufgreifen konnte. Da solche Handausgaben auch späterhin, nicht zum mindesten für die cupida legum iuventus, ihren Werth behalten werden, so mag beiden Ausgaben auch nach dem Erscheinen größerer noch eine Zukunft beschieden sein, vorläufig beherrschen sie wesentlich das Feld.

Breiter angelegt ist — bei größerem Format trotz geringerer Seitenzahl — die Ausgabe von Laudé. Ueber sie habe ich schon in der letzten Rundschau (XII, 275) mein Urtheil abgegeben, auf das ich mich hier beziehen kann. Auch sie schöpft vorzugsweise aus den Materialien und ist dabei in Haltung und Anlage der Fischer'schen Arbeit am ähnlichsten, wird aber an Uebersichtlichkeit von dieser übertroffen. Auffallend erscheint das völlige Fehlen einer Einleitung.

Einen ganz anderen Charakter trägt das großangelegte Unternehmen von Haidlen, von dem nunmehr der erste, die beiden ersten Bücher des B.G.B. umfassende, Band[6]) und ein gutes Stück des zweiten fertig vorliegt. Es giebt einen sehr umfassenden, auf 180 Bogen angelegten Kommentar des Gesetzbuches — aber darin keine selbständige Darstellung, sondern eine Zusammenstellung des in den Vorarbeiten — namentlich den Motiven und den Kommissionsprotokollen — enthaltenen Auslegungsmaterials zu den einzelnen Paragraphen, und zwar unter Beschränkung auf „die für die Auslegung der Gesetz gewordenen Vorschriften nothwendig erscheinenden Theile". Dabei hat Verfasser eigene Zufügungen durchaus vermieden und nur zur Herstellung des Zusammenhanges Aenderungen im Wortlaut, bisweilen auch, um sachliche Widersprüche in den verschiedenen Vorarbeiten zu vermeiden, solche im Sinn vorgenommen. H. giebt also eine Art Interpolation der Vorarbeiten — ein Verfahren, das zur Erreichung

[6]) L.G.R. Dr. Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten. Bd. I. Stuttgart, W. Kohlhammer 1897. X und 980 S.

seines Zweckes vielleicht nothwendig und sicherlich mit Geschick und Geschmack durchgeführt, aber ebenso sicher nicht unbedenklich ist. Denn will man die Vorarbeiten, die auch ich mit H. trotz aller Gegnerschaft gegen den vielfach damit getriebenen Kultus als „wichtiges Hülfsmittel" für die Auslegung ansehe, mit Erfolg benutzen, dann wird man auch ihren ursprünglichen Text zu Rathe zu ziehen haben, und wo er nicht mehr paßt, lieber ganz auf sie verzichten. So glaube ich denn nicht, daß H.'s Arbeit ein Studium seiner Vorlagen selbst erübrigen lassen wird, ohne deshalb der geschickten Art des Verfassers zu nahe treten zu wollen. Zumal so lange wir die Kommissionsprotokolle nicht im Druck besitzen, wird sein Buch als hauptsächliches Mittel, uns über ihren Inhalt ausgiebig zu informiren, unentbehrlich sein. Und auch später mag es noch manchen Dienst leisten. Aber einen selbständigen, auf Benutzung der späteren Literatur und Judikatur beruhenden Kommentar darf es nimmer ersetzen, sondern höchstens ergänzen wollen: würde H.'s Buch, anders benutzt, einer geistlosen Motiven- und Paragraphenjurisprudenz Vorschub leisten, so wäre sein Nutzen in's Gegentheil verkehrt.

Systematische Bearbeitungen des neuen Rechts liegen bisher schon drei im je ersten Bande vor: von Bunsen, Endemann und Cosack.[10]) Der erstgenannte ist am frühesten auf den Plan getreten, aber seine Arbeit hat dementsprechend auch die weitaus geringste Bedeutung. Sie giebt in referirender Weise, ohne Eingehen auf das bisherige Recht und ohne jede tiefere eigene Untersuchung, eine Uebersicht über den Inhalt des B.G.B. Nicht nur in der Anordnung hält sich Verfasser bis ins Einzelne genau an seine Vorlage, sondern selbst im Satzbau — manche Paragraphen finden sich in seiner Darstellung geradezu wörtlich wieder, siehe z. B. S. 51 u., 157 u., 198 u. Nur hie und da finden sich selbständige Bemerkungen, so S. 284. So ist der litterarische Werth der Arbeit wenig erheblich, während andererseits zugegeben werden muß, daß sie handlich und übersichtlich ist und den Inhalt des Gesetzes im Allgemeinen korrekt wiedergiebt. Dies freilich nicht überall, so stimmt das auf S. 73 o. Gesagte nicht durchaus, cf. dagegen § 399, wo in der That ein Veräußerungsverbot mit hemmender Wirkung anerkannt wird. Auch S. 141 u., 173 o. finden sich zuweitgehende Bemerkungen.

---

[10]) A.R. Fr. Bunsen, Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Ein Leitfaden zum Selbstunterricht. Bd. I: Einleitung — Allgemeiner Theil — Recht der Schuldverhältnisse. Rostock, Werther 1897. X und 338 S. Preis geb. M. 4,50. — Prof. Dr. Fr. Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches. Ein Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Dritte völlig umgearbeitete Auflage. Th. I: Einleitung und allgemeiner Theil. Berlin, Carl Heymanns Verlag 1897. XII und 400 S. Preis M. 5. — Prof. Dr. C. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Bd. I Abth. 1: Allgemeine Lehren und Recht der Forderungen, Abschn. I. Jena, G. Fischer 1897. XIV u. 387 S. Preis M. 7.

Von Endemann's (früher Endemann und Gareis, cf. dazu XI, 201; XII, 273) Buche ist eine völlig umgestaltete, in Wahrheit ein ganz anderes Werk darstellende, dritte Auflage erschienen: Der vorliegende „Allgemeine Theil" ist auf 400 gegenüber früher 103 Seiten angewachsen! Und mit dem Umfang hat sich auch die Bedeutung proportional gehoben. Was früher nur Skizze war und auch wohl nur sein konnte, hat einer eindringenden, gediegenen und dabei gut und faßlich geschriebenen Darstellung Platz gemacht, die auch auf tiefer liegende Probleme eingeht und sie mit Geschick, vielfach überzeugend, behandelt. Gewiß sind die Fragen, die uns das B.G.B. aufzuwerfen nöthigen wird, in der Mehrzahl noch kaum erkannt, geschweige denn beantwortet: aber was heute geleistet werden konnte und mußte, dürfte Endemann's Buch im Ganzen sicherlich erreicht haben.

Besonders ausführlich, fast monographisch und über den sonst innegehaltenen Rahmen m. E. doch unverhältnißmäßig hinausgreifend, ist die Lehre von der Entmündigung gehalten, S. 124 ff. (s. hier die guten Bemerkungen S. 131, während das unbefriedigende Ergebniß S. 163 betreffs der Geschäftsfähigkeit des Geistesschwachen den Absichten des Gesetzes schwerlich gerecht wird). Auch andere Materien, wie die des Nothstandes, erfreuen sich der besonderen Aufmerksamkeit des Verfassers.

Die Darstellung ist wesentlich dogmatisch, so daß die historischen Anknüpfungspunkte nur kurz — vielleicht allzukurz — berührt werden. Die Kritik tritt natürlich nunmehr stark zurück, ohne ganz zu fehlen, cf. das S. 66 über das Nationalitätsprinzip im internationalen Privatrecht Gesagte.

Daß der Verfasser neben vielem Beifallswerthen hier und da auch anfechtbare Anschauungen vorträgt, ist selbstverständlich, gerade angesichts der Selbständigkeit seiner Ausführungen. So kann sich der Referent der S. 211 vorgetragenen, sehr weitgehenden Interpretation des Terminus „sozialpolitische Vereine" nicht anschließen und hält demgegenüber an Eck's Ansicht fest. Dem Begriff der Unterlassungen dürfte doch im Recht eine weit größere Bedeutung innewohnen, als es Endemann S. 258, auf seine älteren Arbeiten zurückkommend, zugestehen will, und ähnlich scheint mir der Begriff der stillschweigenden Willenserklärungen entgegen den Bemerkungen S. 268 aufrecht erhalten werden zu müssen. Bedenklich und gegenüber dem Gesetze unnöthig deucht mir die Annahme subjektloser Rechte, die Verfasser zu Gunsten des nasciturus wenigstens „vorläufig" statuiren will, S. 97. Hier kommt man m. E. besser mit blos bedingten Rechten (condicio iuris) aus. Zu S. 360 möchte ich bemerken, daß auch bei Obligationen chikanöse und daher durch § 226 ausgeschlossene Rechtsübung vorkommen kann: so, wenn der Gläubiger die Annahme von Theilzahlungen ohne jeden vernünftigen anderen Grund verweigert, als um den Schuldner mit den Verzugsfolgen bezüglich des ganzen debitum „hereinzulegen".

Neben dem Romanisten hat auch bereits ein Germanist die systematische Bearbeitung des neuen Bürgerlichen Rechtes in die Hand genommen — Cosack, der sich dazu durch seine auf Grundlage des „Entwurfs" unlängst vollzogene Neugestaltung des Gerber'schen Werkes bereits vorbereitet hatte. Sein Buch,

das in der ersten Abtheilung den allgemeinen Theil und die allgemeinen Lehren des Forderungsrechtes darstellt, ist eine höchst anerkennenswerthe Leistung, für die die gesammte deutsche Juristenwelt dem stets rührigen Verfasser uneingeschränkte Anerkennung und Dank schuldet.

Bei Cosack vereint sich eine sichere Beherrschung des annoch so spröden Stoffes mit einem selbständigen, klaren und oft scharf pointirten Urtheil, einer gleichmäßigen Durchdringung des bisherigen Rechtszustandes und der maßgebenden — auch romanistischen — Litteratur. Der Vorführung des neuen Rechtes wird die bisherige Entwickelung in kurzer, aber wirkungsvoller Weise vorangestellt. Freilich ist dabei meines Erachtens das römische Recht gegenüber dem einheimischen bisweilen etwas zu schlecht weggekommen — so werden bei der Cession die altdeutschen Beschränkungen erwähnt, die für die Ausbildung des modernen Rechts ungleich belangvolleren entsprechenden römischen Sätze dagegen als unbeachtbar bei Seite gelassen, S. 366. Aehnlich in der Lehre von der Vertragsform, S. 287.

Doch solche romanistischen Schmerzen sollen uns den Genuß des schönen Buches nicht verkümmern! Es ist so trefflich geschrieben, übersichtlich abgefaßt, dem Verständniß durch oft höchst fein ersonnene und instruktive Beispiele näher gerückt, daß es dem derzeitigen Bedürfniß der Lernenden wie der Lehrenden — die ja gegenüber dem B. G.B. in besonders weitgehendem Maße zugleich noch Lernende sind, — der Theoretiker und Praktiker in gleichem Maße gerecht wird. Viele nicht an der Oberfläche liegende Punkte werden hier zum ersten Male selbständig wissenschaftlich erörtert, und wenn der ziemlich breiten Anlage ungeachtet, die Erörterung der Detailfragen nicht im entferntesten vollständig ist, wenn Verfasser für manchen wichtigen Punkt nur wenige Worte übrig hat, so wird das bei dem Charakter des Werkes und der heutigen Lage der Forschung kein billig Denkender tadeln, ja auch nur anders als selbstverständlich finden dürfen. Uebrigens zieht Verfasser die Grenzen des Darzustellenden recht weit — so will er das im E.G. aufrecht erhaltene Landesrecht mit behandeln, allerdings nicht vollständig, sondern nur „mit Auswahl typischer Beispiele", S. 4, während andererseits das internationale Privatrecht wie die Rückwirkungslehre in nicht unanfechtbarer Weise nicht als solche dargestellt, sondern auf die einzelnen behandelten Materien vertheilt werden in Form von Zusätzen.

Aus dem reichen Einzelinhalt sei nur Weniges herausgegriffen! Das Gewohnheitsrecht, selbst das partikulare, stellt Verfasser in der Geltungskraft mit vortrefflichen Gründen dem gesetzlichen gleich — nicht rechtliche Sätze, sondern das faktische Machtverhältniß ist für die Bedeutung beider Rechtsquellen entscheidend, S. 38 ff. (Nebenbei bemerkt, entstammt die eine bestimmte Dauer der Uebung erfordernde Vorschrift nicht dem römischen Recht — so Cosack S. 41 — sondern dem kanonischen, cf. Windscheid I § 16 No. 1). In der Lehre von den juristischen Personen vertritt Cosack unter siegreicher Bekämpfung der Theorie der Fiktion diejenige der Korporation, aber mit eigenartiger Begründung, s. S. 90 ff., namentlich 95. Abgelehnt wird dagegen die von Gierke und andern vertretene Unterscheidung der Organe und der bloßen

Vertreter der Korporation, S. 107, die ich für außerordentlich fruchtbar halte. In der Lehre von den Sachen und deren Nutzungen steht Cosack der Lehre Petrazycki's sehr nahe, s. S. 128.

Nicht überzeugend scheint mir die Auseinandersetzung über den Begriff des Privatrechts. Sieht man auf das vorwiegende Interesse, dem ein Rechtssatz dient, so wird das bekannte Scheidungsmerkmal zwischen ius privatum und publicum noch immer haltbar sein. Daß der Sachinbegriff einheitliches Rechtsobjekt sei, S. 127, wird nicht jeder zugeben; die Behauptung S. 249, den Schalttag stelle heutzutage der 29. Februar dar, hätte mindestens näher bewiesen werden müssen — hat sich denn das Recht in dieser Frage plötzlich von dem international geltenden Kalender trennen wollen? Sehr weit und deshalb sehr wenig inhaltsvoll ist Cosack's Begriffsbestimmung der Obligation, S. 282, sie ist ihm nichts weiter als ein relatives Recht, das mit nichten vermögenswerthen Inhalt haben muß. Das führt Cosack naturgemäß zu der äußerst bedenklichen Konsequenz, dem Rechte der Forderungen den Charakter eines selbständigen, dem Erb- und Familienrecht koordinirten, Zweiges des Privatrechts zu nehmen, S. 285 — die Gegner des Vermögensinteresses sehen hier, zu welch bedenklichen Folgerungen ihre konsequent ausgebildete Lehre führt!

In einem gewissen Gegensatz zu den bisher besprochenen stehen drei weitere systematische Arbeiten, die das Recht des B. G.B. vom Standpunkte eines der drei bisherigen großen Rechtsgebiete aus vergleichend darstellen: Kuhlenbeck von dem des Gemeinen, Riebel des Preußischen, Barre des Französischen Rechts. Nur von dem Buche des letzteren — die anderen sind noch wenig vorgeschritten und sollen daher erst später besprochen werden — ist hier zu reden.[11]) Es ertheilt nur eine kurze Uebersicht ohne wissenschaftliche Zuthaten und eigene Interpretation. Verfasser geht vom Code civil an der Hand der Crome'schen Darstellung aus und vergleicht damit die entsprechenden Institute des B. G.B., ein Verfahren, das insofern gewisse Bedenken hat, als aus der inhaltlichen Uebereinstimmung zweier Sätze nicht immer auf ein Provenienzverhältniß zu schließen ist, wie es sich aus Barre's Darstellung zu ergeben scheint. Wo ein solches freilich wirklich vorhanden ist, was auch Verfasser hier und da nachzuweisen unternimmt (cf. S. 74), da ist allerdings solche Vergleichung auch für die Interpretation des neuen Gesetzbuches von Belang.

Während die Arbeit im allgemeinen nicht ungewandte Anordnung und faßliche Darstellung aufweist, finden sich doch hier und da unverständliche Ausdrücke, so S. 70 Nennwerth, wo es Stammwerth, S. 71 Kollusion, wo es Konfusion heißen muß, S. 119 bezeichnet Vfr. inkorrekter Weise die Schuldübernahme als subjektive Novation. Zu eng ist die Unterscheidung (S. 22) der Rechtsgeschäfte in obligatorische und dingliche; schief die Behauptung, die

[11]) Ernst Barre, Landgerichtsdirektor, Bürgerliches Gesetzbuch und Code civil. Vergleichende Darstellung des deutschen und französischen Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin, Carl Heymanns Verlag 1897. VIII u. 306 S. Preis M. 6.

Verpfändung einer fremden Sache sei bei bona fides des Gläubigers zulässig, S. 95 — in Wahrheit ist sie zwar wirksam, enthält aber natürlich vom Standpunkt des Verpfänders aus einen rechtswidrigen und event. ersatzpflichtig machenden Eingriff in fremdes Eigenthum, s. z. B. § 816. Daß die Naturalobligation dem B. G.B. unbekannt sei (S. 103), läßt sich mit Fug nicht behaupten, s. z. B. § 222. Sehr auffallend ist endlich, daß B. S. 174 die Hasen noch als unter § 835 (Wildschaden) fallend anführt, obwohl doch der Reichstag sie bekanntlich davon ausgenommen hat!

In ansprechender und, seinem Zwecke entsprechend, volksthümlicher Weise giebt ein Vortrag Leonhard's [12]) „einen Blumenstrauß aus dem großen Garten" des B. G.B. Für den Juristen kaum Neues bietend, ist er doch in seiner Lebendigkeit und seinem belehrenden Gegenüberstellen des alten und neuen Rechtes nicht lesensunwerth. Hoffnungsfreudig klingt das Schlußwort: „Das Gelingen des schwierigen Werkes beweist, daß es in Deutschland trotz alter Gegensätze doch möglich war, eine große Schöpfung zum Besten des Ganzen zu erzielen. Dies läßt uns hoffen, daß auch noch manche andere Widersprüche, an denen wir kranken, ausgeglichen werden können."

b) Allgemeiner Theil.

Kuhlenbeck's [13]) Rechtsprechung des R.G. (cf. Bd. XI 189, XII 276) ist nunmehr bis zum fünften Hefte vorgeschritten und ihrer Beendigung nahe gerückt. Die vorliegenden Hefte erledigen die Materien der Willensmängel, der verbotenen Geschäfte, der Vertragsperfektion, der Nebenbestimmungen, Stellvertretung, Vollmacht und Ratihabition — diese drei letzteren besonders ausgiebig — endlich der Zeitbestimmungen und der Verjährung. Da die Anlage der Arbeit dieselbe geblieben ist, mag hier der Hinweis genügen, s. auch die Bemerkungen im Jurist. Litt.Bl. IX S. 58. Anerkennenswerth bleibt die Selbständigkeit, die Kuhlenbeck dem Reichsgericht gegenüber trotz aller Anerkennung seiner Autorität stets bewahrt; nur bisweilen kapitulirt er ohne Weiteres vor der letzteren, ohne eine weitere Begründung für nothwendig zu erachten — so in der schwierigen und keineswegs zweifelsfreien Frage nach der Haftung des falsus procurator, S. 332. Sehr beachtenswerth ist andererseits die Polemik gegen die modernen Auswüchse der Vertrauenstheorie, die keineswegs überall dem naiven Rechtsgefühl und den Anforderungen des Lebens entspreche.

Die bis vor Kurzem recht vernachlässigte Lehre von den Geisteskranken wählt Hardeland [14]) zum Thema seiner gutgeschriebenen Erstlingsarbeit. Eine

[12]) Prof. Dr. R. Leonhard, Ein Ueberblick über das neue Bürgerliche Gesetzbuch. Vortrag in der Gehe-Stiftung am 13. November 1896. Dresden, v. Zahn & Jaensch 1897. 27 S. Preis M. 1.

[13]) R.A. Dr. L. Kuhlenbeck, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Beziehung auf die wichtigsten Begriffe und Institute des Civilrechts. Heft 3—5. Berlin, W. Moeser 1896—97. Je 80 S. à M. 2.

[14]) Ref. Dr. Ad. Hardeland, Die Behandlung der Geisteskranken im Privatrecht, Ihering's Jahrbücher Bd. XXXVII S. 95—190.

Geisteskrankheit ist nach ihm im Rechtssinne vorhanden, „wo sie die Unfähigkeit der betreffenden Person zur zweckentsprechenden Besorgung ihrer Angelegenheiten zur Folge hat", S. 126. Damit kommen wir aber noch nicht aus — es bleibt zu bestimmen, inwieweit jemand mit Rücksicht auf eine bestimmte Handlung geisteskrank, ergo handlungsunfähig, sei. Dies ist nach H. der Fall, „wenn sich die Person zur Zeit der Vornahme derselben in einem Zustande von krankhafter Störung der Geistesthätigkeit befand, durch welchen ihre freie Willensbestimmung ausgeschlossen war", S. 129. Denn die Geisteskrankheit als solche, das ist der Kardinalsatz unserer Dissertation, macht nicht schlechthin geschäftsunfähig, auch nicht, wie die herrschende Lehre will, im Römischen Recht, S. 138, 144 — dies eine Behauptung, für die Vfr. einen zureichenden Beweis zu führen nicht vermocht hat. Beachtbarer sind die praktischen Gründe wider die herrschende Meinung, die selbst unter Zuhülfenahme des verfänglichen Aushülfsmittels der lucida intervalla zu annehmbaren Ergebnissen nicht gelangen könne. Das B.G.B. vermag den Vfr. folgerecht nur halb zu befriedigen — die konstitutiv wirkende vollkommene Entmündigung des § 6 ist ihm allzu schneidig, dafür soll aber die mildere des § 114 ein willkommenes und fast überall vollauf genügendes Ersatzmittel bieten, S. 190.

Korte's[15]) Schrift: Die Vertragslehre des B.G.B., ist so unbedeutend und aphoristisch gehalten, daß sie kaum einer Erwähnung an dieser Stelle bedarf. Sie beschränkt sich fast ohne jedwede eigene Zuthat auf eine knappste Aufzählung der auf den Vertrag bezüglichen Normen des ersten Buches des B.G.B. und mag allenfalls zur ersten Einführung darin verwendet werden, hält sich auch von groben Verstößen wenigstens in der Regel fern.

Viel umfassender und bedeutender ist eine andere, vorwiegend noch dem Gemeinen Recht gewidmete Dissertation von Fritze.[16]) An ihr scheint mir vor allem die Methode anerkennenswerth, indem Vfr. im Gegensatz zu so manchen anderen Bearbeitungen des gleichen Gegenstandes (wie Köppen, Schott) nicht von aprioristischen Konstruktionen ausgeht, sondern die Prinzipien erst auf induktivem Wege aus den unbefangen geprüften Quellenstellen herausschält.

Die Römer sind danach sowohl bei den, vom Vfr. zunächst behandelten, einseitigen Willenserklärungen, wie bei den zweiseitigen Geschäften ausgegangen vom „Willensprinzip" — der widerrufene oder durch Tod oder eintretende Handlungsunfähigkeit vernichtete Wille kann keine Wirkung mehr äußern. Aber in beiden Klassen treten den „reinen Willensgeschäften — Freilassung, letztwillige Verfügung, von den zweiseitigen auch Tradition, S. 56 — an Zahl und Bedeutung sie überragend, die Verkehrsgeschäfte gegenüber, bei denen die Rücksicht auf

[15]) Dr. A. Korte, Die Vertragslehre im Bürgerlichen Gesetzbuche. Berlin, Struppe & Winkler 1897. 40 S. Preis M. 1.

[16]) O. Fritze, In welcher Weise wirkt bei unvollendeten Willenserklärungen, die an einen Abwesenden gerichtet sind, der einseitige Widerruf, der Tod und der Verlust der Handlungsfähigkeit ihres Urhebers? Kiel, Lipsius & Tischer 1896. 111 S. Preis M. 2,80.

die bona fides und Verkehrssicherheit keine unbeschränkte Autonomie des Urhebers duldet, S. 40, 87. Hier kommt nur der bekannt gewordene Wille in Betracht, und überall, wo durch freie Handlungen des Kontrahenten, durch Willensänderung oder eintretende Unfähigkeit das Geschäft gehindert wird, ist dem auf dessen Zustandekommen vertrauenden Gegner ein Anspruch auf das negative Vertragsinteresse gegeben. Auf die sog. culpa in contrahendo kann diese Verpflichtung nicht gegründet werden, S. 87 ff.

Diese Grundideen scheinen mir durchaus beifallswürdig, dagegen bleiben einige Spezialfragen diskutabel. So möchte ich dem Offerenten den Widerruf bis zur Perfektion des Vertrages — d. h. dem Annahmeempfang — zugestehen, nicht wie Vfr. im Anschluß an Windscheid will, nur bis zur Acceptationshandlung, S. 69. Die l. 15 D. XVII, 1 spricht aus mehrfachen Gründen nicht dagegen: Einmal kann hier an einen der besonderen Fälle gedacht werden, in denen an Stelle einer Acceptation die Vornahme der Ausführungshandlung das Geschäft zu Stande bringt (cf. Ehrlich, Die stillschweigende Willenserklärung S. 112 ff.), dann aber gewährt sie nur die actio mandati zur Vermeidung von Schaden des Oblaten — eine ratio, die doch nur zum negativen Interesse hinleitet und keine Perfektion des Vertrages erfordert. — Das Requisit der Kenntniß des Oblaten ferner nehme ich nur für den Fall des Widerrufes, nicht, wie Fritze, auch den des Todes an (S. 83). Eine Willenserklärung, also auch eine Aenderung wirkt dem Gegner gegenüber doch erst mit der Mittheilung an ihn; der Tod aber nimmt den Willen schlechthin weg, steht jener also mit nichten gleich. Der Schluß der l. 19 § 3 D. XIX, 5 erklärt sich aus der Berücksichtigung der bona fides des Oblaten, dem hier trotz übrigens hinfällig gewordenen Mandates auf Grund der in Auftrag gegebenen Zahlung ein Regreßanspruch gegen die Erben des verstorbenen Mandanten gegeben wird, wie auch die Zahlung des gutgläubigen cessus an den Cedenten aus ähnlichem Grunde befreiend wirkt. Daß aber die Mandatsofferte durch den Tod hinfällig werden muß ohne alle Beschränkung, ergiebt schon die Erwägung, daß selbst dem perfekten Mandate dasselbe Schicksal beschieden ist. — Umgekehrt ist mir zweifelhaft, ob bei der Tradition jeder Widerruf genügt; in den fraglichen Stellen wird ein dem Gegner bekannt gewordener unterstellt werden dürfen (anders Fr. S. 56).

Eine wichtige Materie, deren bisherige Vernachlässigung er nicht mit Unrecht beklagt, behandelt Danz[17]) in seinem durch reichhaltigste Berücksichtigung der Judikatur und Litteratur ausgezeichneten Buche, das sowohl dem Gemeinen Recht wie dem B.G.B. gewidmet ist. Verfasser geht dabei von einer höchst eigenthümlichen, freilich schon früher (so von Puntschart) aufgestellten Lehre aus, wonach das Rechtsgeschäft eine lex, objektives Recht, darstelle, nur für den konkreten Fall erlassen im Gegensatz zum allgemein redenden Staatsgesetze, S. 13. Daraus ergiebt sich ihm die Gleichheit der bei beiden anzuwendenden

[17]) Prof. Ob.L.Ger.R. Dr. Erich Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschichte. Zugleich ein Beitrag zur Rechts- und Thatfrage. Jena, Fischer 1897. VIII u. 216 S. Preis M. 6.

Auslegungsgrundsätze, und er kann so aus der m. E. richtigen Prämisse, daß es beim Gesetze auf die (inneren) Beweggründe der bei seiner Schaffung betheiligten Personen nicht ankomme (S. 25/7), entsprechende Schlüsse auf das Rechtsgeschäft ziehen, S. IV, 31, 48. Daß D. der Beweis für diese seine Grundidee gelungen sei, kann ich nicht zugeben, zumal er weitere Gründe dafür anzugeben unterläßt. Mit ihr fallen aber auch alle darauf gebauten, auf die Einflußlosigkeit des inneren Willens beim Rechtsgeschäft hinauslaufenden Folgerungen. Was zu deren Gunsten noch weiter vorgebracht wird (S. 34), ist wenig belangvoll. Der Grund, warum die Rechtsordnung bei Divergenz von Wille und Erklärung dem R.-G. die Geltung abspricht, kann doch nicht in einer blinden Laune des Gesetzgebers, sondern nur in einem zureichenden inneren Grunde gesucht werden — eben in der Rücksicht auf den Willen des Handelnden, den als eigentliches Agens dabei wegzudisputiren keiner juristischen Kunst gelingen wird. — Eine weitere Folgerung aus der Grundidee des Verfassers ist die, daß die Auslegung zur Rechtsfrage gehört und ihre unrichtige Beantwortung die Revision begründet, S. 100 ff., 112.

Andererseits sind nicht nur viele Einzelheiten in der interessanten Arbeit in ihrem Werth von der Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Leitidee durchaus unabhängig und auf alle Fälle beachtenswerth, sondern auch das grundsätzliche Zurückgehen auf die wirthschaftlichen Zwecke der Parteien bei der Geschäftsauslegung, der Kampf gegen die Ueberschätzung des rein logischen Momentes wird sicherlich überall Widerhall finden. Freilich scheint mir Verfasser in letzterer Beziehung bisweilen über das richtige Maß hinauszuschießen, so S. 76.

Hinter dem allgemeinen läßt Danz in einem m. E. nicht genügend motivirten speziellen Theil (S. 148 ff.) besondere Erörterungen folgen über die Auslegung der Verträge, einseitigen Geschäfte und Verfügungen von Todeswegen. Besonders ausführlich geht er auf die Verträge zu Gunsten Dritter ein und bringt gerade dabei auch im Einzelnen manches zur Interpretation des B. G.B. Beachtbare. Das Resultat seiner allgemeinen Erwägungen über die Vertragsauslegung stellt Verfasser S. 196/7 zusammen; diese Thesen dürften fast durchaus annehmbar sein.

Ein Eingehen auf die vielen in dem Buche behandelten Einzelpunkte, über die ein genaues Register sorgsam Auskunft giebt, verbietet sich für meine Zwecke von selbst.

Dem unmoralischen Vertrage widmet Lotmar[18]) eine aus einem Vortrag der Wiener Juristischen Gesellschaft hervorgegangene, scharfsinnige und anregende Arbeit, die eine entschiedene Lücke in der Litteratur ausfüllt. Das Römische Recht, von dem er seinen Ausgang nimmt und aus dem er ein dafür in diesem Umfang wohl noch nie zusammengetragenes Material vorführt, soll nach Lotmar Recht und Sitte mit nichten als getrennte Gebiete behandelt, sondern

[18]) Prof. Philipp Lotmar, Der unmoralische Vertrag, insbesondere nach Gemeinem Recht. Leipzig, Duncker u. Humblot 1896. X und 198 S. Preis M. 4,40.

seine Satzungen durchaus auf der Basis der Moral aufgebaut haben, S. 48, eine These, die freilich gegenüber dem wiederholten „naturaliter concessum est in emendo et vendendo invicem sese circumscribere“, l. 22 § 3 D. XIX, 2, l. 16 § 4 D. IV, 4, etwas recht weitgehend sein dürfte. — Daher ist des unmoralischen Vertrages Ungültigkeit in Rom nichts Alleinstehendes, sondern nur „eine einzelne Erscheinung des auf hundert Punkten wahrnehmbaren negativen Einflusses der Moral auf's Recht“, S. 21. Er allein aber bildet fürderhin das eigentliche Thema des Verfassers, S. 27. Ob ein solcher Vertrag vorliegt, entscheidet nicht sowohl die Immoralität der Person, als vielmehr des Vertragsinhaltes, S. 56. Das Dasein aber eines derartigen Vertragsinhaltes ist Rechtsfrage nur in dem Sinne, als geforscht wird, inwieweit ein Vertrag gegen eine, irgendwie geartete Moral verstoßen muß, um als unmoralisch zu gelten, nicht auch, welche Moralgebote dazu übertreten sein müssen, S. 66, 82.

Das Letztere beantwortet sich dagegen nicht aus dem Rechte, sondern aus der Moral, und zwar hat der Richter die zu seiner Zeit in seinem Volk anerkannte und geübte zu Grunde zu legen, S. 95. Eine sich danach ergebende Unmoralität macht den Vertrag nichtig in drei Fällen: a) wenn er eine unmoralische Handlung oder Unterlassung vereinbart, S. 68; b) wenn er eine solche zum Gegenstand hat, die nicht selbst unmoralisch ist, aber von Moralwegen nicht dem Rechtszwang unterstellt werden darf, S. 72; c) wenn er ökonomische Leistungen in Kausalbeziehung zu einem Verhalten setzt, das von Moralwegen nicht in solcher stehen soll, S. 73.

Weiter als dies aus den römischen Quellen zu entnehmende Ergebniß ist die Vorschrift des B. G.B. § 138, wonach ein Geschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, nichtig sein soll. Eine restriktive Interpretation dieser allzu radikalen Vorschrift dahin, daß bestimmt werden muß, inwieweit der Vertrag gegen die guten Sitten zu verstoßen habe, um nichtig zu sein, ist nöthig, S. 79/80. Uebereinstimmend mit dem R.R. soll dagegen § 817 sein, s. S. 62 ff. Aber Verfasser legt ihn nicht überall richtig aus — auch ein contra bonos mores abgegebenes bloßes Versprechen läßt der Kondiktion Raum, da es als abstraktes abgegeben (Wechsel, Inhaberpapiere) nicht unterschiedslos nichtig ist wegen Nichtigkeit der causa. An ein solches Versprechen wird der von L. kritisirte Passus gedacht haben.

c) Sachenrecht.

Dem Besitzrecht gehört die Studie von Hruza[10]) an, die ihrem neuerdings etwas abgeleierten Thema noch einige neue Seiten abzugewinnen weiß. Verfasser thut Ihering gegenüber mit Recht dar, daß sich der Besitz- vom bloßen Detentionswillen durchaus unterscheidet, S. 229/30. Ausführlich behandelt er das „corpore adquirere“ — corpus possessionis ist ihm ein unpassender und quellenwidriger Ausdruck, S. 246, 8 — worunter er versteht, daß sich die vorausgesetzte thatsächliche Möglichkeit beliebiger und ungehinderter

[10]) Prof. Dr. E. Hruza, Der Sachbesitzerwerb corpore et animo nach römischem und heutigem Rechte. Grünhut's Zeitschr. Bd. XXIV S. 217—918.

Einwirkung auf die Sache durch ein körperliches Ergreifen in die Wirklichkeit verwandelt, S. 243. Dabei wird überall, im Gegensatz zu einer bei Justinian nicht durchgeführten Sonderlehre des Proculus (?), präsente Einwirkungsmöglichkeit erfordert, S. 244, während andererseits die effektive körperliche Ergreifung in der letzten Phase der römischen Rechtsentwickelung nachgesehen wird, S. 264. Uebrigens macht Hruza mit Recht nachdrücklich auf die Verschiedenheit der Erfordernisse bei ein- und zweiseitigem Besitzerwerb aufmerksam. In der Annahme einer wahren, wennschon vielleicht besonders gearteten, Succession (S. 273) in den Besitz kann ich ihm dabei nicht folgen.

Mit dem mittelbaren Besitz des B.G.B. macht uns ein lehrreicher und gutgeschriebener Aufsatz von Wendt[20]) vertraut. Jener ist danach eigentlich kein wahrer Besitz, denn er hat possessorische Wirkungen gegenüber dem unmittelbaren gar nicht und der Außenwelt gegenüber nur subsidiär, § 869, wenn der Besitzmittler nicht klagt. Letzterer hinwieder ist „in allen Fragen so zu behandeln, als wäre er der einzige Besitzer“, S. 48/9. Indem sich aber die Bedeutung des Besitzes nicht in den Klagen erschöpft, bleiben für den mittelbaren Besitz vielleicht noch andere Wirkungen übrig, und solche findet Wendt in der That in der Fortdauer der Ersitzung, S. 74, wie in Rom im Falle des abgeleiteten Besitzes. Dagegen steht die rei vindicatio gegen den mittelbaren Besitzer nicht zu, S. 69.

Eine recht erfreuliche Erscheinung tritt in v. Seeler's Miteigenthum[21]) entgegen. Vfr. unterscheidet darin scharf und treffend zwei Bestandtheile, einen dinglichen und einen obligatorischen (obligatio ex communione). Vermöge des ersteren kann jeder Socius die von Seeler sogenannten „reinen Besitzhandlungen“ für sich vornehmen und sich gegen Eingriffe der andern insoweit sowohl durch Selbsthülfe wie durch die ihr korrespondirenden possessorischen Interdikte schützen. Er kann zwar auch verlangen und mit der nicht auf den Theilungszweck beschränkten actio communi dividundo nöthigenfalls zwangsweise durchsetzen, daß ihm jene solche thatsächlichen Verfügungen über die Sache gestatten, die dem gemeinsamen Interesse aller entsprechen; aber dieser Anspruch ist blos obligatorisch und nicht im Wege der Selbsthülfe und Interdikte durchsetzbar, vielmehr setzt sich der das Verbot des Genossen mißachtende socius prohibitus schlechthin dessen Klagen aus — interdicta uti possidetis, quod vi aut clam, auch wohl actio negatoria. Anders nur beim paries communis, während eine obligatorische Abrede der Genossen über die Nutzung der res communis an dem Vorgetragenen nichts ändert — ein Satz, der angesichts der unverkennbaren Neigung des jüngeren Kaiserrechts, auch obligatorische Rechtsbeziehungen in gewissen Fällen im dinglichen Prozeß zu berücksichtigen — so nach l. 12 D. XIX, 2 gerade zu Gunsten des Miethers — für das justinianische Recht nicht ganz zweifellos sein dürfte.

---

[20]) Prof. Dr. O. Wendt, Der mittelbare Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches. Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 87 S. 40—76.

[21]) Prof. Wilh. v. Seeler (Charkow), Die Lehre vom Miteigenthum nach Römischem Recht. Halle, Max Niemeyer 1896. 169 S. Preis M. 4.

Während der erste Theil, der mit einer sehr geschickten und beachtenswerthen, aber m. E. doch nicht überzeugenden Polemik wider das gemeinhin angenommene Accrescenzrecht beim Miteigenthum schließt, die Beziehungen der condomini zu einander darstellt (S. 1—78), erörtert der zweite (S. 79—150) in ebenfalls recht glücklicher Weise die Stellung des einzelnen nach außen. Dabei wird namentlich in lichtvoller Weise die Stellung des Miteigenthums zu beschränkten dinglichen Nutzungsrechten vorgeführt. Unbedeutend ist der dritte Theil, der die Aufhebung der Gemeinschaft auf nur sechs Seiten abhandelt.

Wenn v. Seeler auf Grund seiner gediegenen Einzeluntersuchungen zu dem Resultat gelangt, daß das Eigenthum der gemeinsamen Sache nur den socii zusammen zustehe, unter sie geteilt sei, so erkenne ich dabei nicht nur die Richtigkeit solcher nicht von vorgefaßten Axiomen ausgehenden Methode an, sondern halte auch die in der letzten Zeit stark zurückgedrängte Rechtstheilungstheorie durch diese Vertheidigung für wesentlich gestützt und vorläufig zur Herrschaft zurückgeführt. Daß mich Seeler dennoch in letzter Instanz nicht überzeugt hat, ich vielmehr an der Auffassung festhalte, jedem Miteigenthümer stehe ein eigenes, grundsätzlich unbeschränktes und nur durch die Konkurrenz der Genossen, und solange sie dauert, gehemmtes selbständiges Eigenthum an der res communis zu, kann ich an dieser Stelle nur andeuten. Doch sei dem wie ihm wolle — jedenfalls hat Seeler's Buch die Materie in dankenswerthester Weise gefördert.

Der vielbesprochenen Spezifikationslehre gehören zwei, ihrerseits grundverschiedene Arbeiten an.[22]) Hoffmann geht nur begriffsentwickelnd vor; er untersucht die Frage, welche Arbeitsprodukte als neue Sachen, also als Objekte einer specificatio anzusehen seien. Nämlich die, welche zu einem anderen Gebrauch bestimmt und geeignet sind, als zu welchem ihre Stoffe ehedem bestimmt und in gutem Zustande geeignet waren, S. 439. Entscheidend ist also letztlich die wesentliche Verschiedenheit des Zweckes, S. 447, ein Satz, der m. E. zur Entscheidung des Problems von Identität und Neuheit nicht ganz unbedenklich und mindestens nicht allein ausschlaggebend ist. Viel bedeutsamer ist die vortrefflich geschriebene und sachlich höchst beachtenswerthe Untersuchung Sokolowski's — wie Seeler, eines jüngeren Deutschrussen und ehemaligen Angehörigen des Berliner russischen juristischen Seminars. Er versucht auf Grund trefflicher Beherrschung der griechischen Philosophie den Nachweis, daß die Spezifikationstheorien der Prokulianer und Sabinianer nicht Produkte wirthschaftlicher Erwägungen, sondern philosophischer Weltanschauungen seien. Die verschiedene Beurtheilung des Werthverhältnisses der beiden alles Entstehen bedingenden Faktoren — Materie (Stoff) und Form lag dem

[22]) Prof. emer. Dr. Paul Hoffmann (Budapest), Die Eigenheit der Sachen. Ein Beitrag zur Spezifikationslehre. Grünhut's Zeitschr. Bd. XXIII S. 433—454. — Prof. Dr. Paul Sokolowski (Kiew), Die Lehre von der Spezifikation. Zeitschr. d. Savigny-Stiftung f. Rechtsgeschichte, Rom. Abth. Bd. XVII S. 252—311.

Schulstreit zu Grunde; während die prokulianische Theorie im Anschluß an die Lehre der Peripatetiker, dem εἶδος, der Form, vor der bloßen ὕλη, Materie, die als bloße Möglichkeit erst durch jenes zur Wirklichkeit wird (S. 260), den Vorrang einräumt, ist nach der hier durch stoische Theoreme bestimmten sabinianischen Auffassung das Gegentheil wahr. Sie fassen materialistisch als das Wesentliche die οὐσία, zu der die ἕξις nur, den Stoff individuell bestimmend, hinzutritt, S. 279. Von ähnlichen Ideen geht die letztlich siegreiche media sententia aus, die mit dem Gegensatz der blos lockeren Verbindungsformen der παράθεσις und μίξις zu der aus völliger Verschmelzung der verbundenen Stoffe eine neue species hervorrufenden σύγχυσις operirt, S. 292. Eine Berücksichtigung des Arbeitsmomentes hat allen gleichmäßig ferngelegen, wie denn sogar die prokulianische Lehre die ältere (?) ist, S. 286. Allen erscheint nur „das Eigenthum als einziges schätzenswerthes Rechtsgut". Sollte dem wirklich so gewesen sein und nicht doch die Rücksicht auf die redliche Arbeit als vielleicht unbewußter, aber darum doch letzter und tiefster Grund hinter den philosophischen Spekulationen wirksam gestanden haben? Nicht solche, sondern wirthschaftliche Momente bestimmen doch letztlich die Entwicklung, nicht zum mindesten auch die des Rechts! Wie Sokolowski sie versteht, hätten auch die Prokulianer die nova species trotz Anerkennung ihres neuen Wesens dem dominus materiae belassen müssen, dann „quod ex re mea fit, meum est," l. 12 § 3 D. X, 4, s. meine Volkswirthschaftslehre des Corpus Iuris S. 135 ff. Die Früchte stellen gewiß ein neues εἶδος dar gegenüber der Muttersache, die Ruinen gegenüber dem zusammengebrochenen Hause — und doch fallen sie dem alten dominus selbst dann prinzipiell zu, wenn ein Dritter sie zuerst okkupirt.

Aus den sehr beachtenswerthen Konsequenzen, die Sokolowski aus seiner Entwickelungsgeschichte zieht, S. 296 ff., ist hier nur hervorzuheben, daß er dem Stoffeigenthümer die Wahl zu überlassen vorschlägt, ob er gegen Vergütung des Arbeiters die neue Sache übernehmen will oder nicht. Lehnt er ab, so wird diesem gegen Vergütung des dominus das Eigenthum zugesprochen.

Nicht weniger als drei Arbeiten nehmen das Institut des Pfändungspfandrechts in Angriff,[23]) jede freilich in einem besonderen Punkte. Fleischmann's formell und inhaltlich gleich anerkennenswerthe Studie bezweckt, im pignus in causa iudicati captum, das durch die moderne Forschung noch wenig geklärte „Urbild unseres Pfändungspfandrechtes einmal frei von den Beisätzen späterer Zeiten im Lichte der römischen Rechtsbücher zu schauen". Das erreicht Vfr. durch einen kurzen historischen Ueberblick und eine ausführliche dogmatische Darstellung in vier Kapiteln: Voraussetzungen der Pfändung (S. 10 ff.); die

[23]) Dr. M. Fleischmann, Das pignus in causa iudicati captum, Breslau, Köbner 1896. VIII u. 104 S. Preis M. 3. — Th. Nessel, Senatspräsident a. D., Das Pfändungspfandrecht und der Interventionsprozeß nach Preußischem Recht, unter Berücksichtigung des Gemeinen und Rheinischen Rechts. Berlin, Vahlen 1897. 101 S. Preis M. 2.20. — Dr. Emil Gütermann, Die rechtlichen Grundlagen der Widerspruchsklage. München, Schweitzer 1896. VIII u. 134 S. Preis M. 3.

Pfändung (S. 23 ff. — bei weitem der ausführlichste Abschnitt); Wirkungen der Pfändung (S. 61 ff.) und Beendigung des Pfandrechtes (S. 78 ff.). Aus den Ergebnissen hebe ich hervor, daß Fleischmann die Vertreterqualität des amtirenden Magistrats gegenüber dem Gläubiger entschieden leugnet, S. 22, ja den ersteren, was mir recht bedenklich erscheint, selbst Besitz an der Pfandsache erwerben läßt, S. 70. Auch sonst werden die Gegensätze, die dem Institute gegenüber dem gewöhnlichen Pfandrecht nicht nur im Detail, sondern auch prinzipiell innewohnen, scharf und überzeugend dargelegt, s. nam. S. 68. Zweifelhaft ist mir freilich die Annahme des Vfrs., es habe auch bei dritten Besitzern gepfändet werden können, S. 44.

Nessel behandelt dagegen wesentlich nur das moderne Pfändungspfandrecht, und auch dieses weniger wissenschaftlich-erschöpfend, als vielmehr „zur Information der Praktiker", S. 5. Er sieht darin kein wahres Faustpfandrecht, sondern nur ein ihm wesentlich gleichgestelltes Gebilde — mit der eigenartigen Begründung, daß der seinerzeitige Antragsteller in der Reichsjustizkommission Struckmann dies beabsichtigt habe, S. 11!

Vfr. geht weiterhin zur Erörterung der Interventionsklage über und vertritt die materiell-rechtliche Theorie, läßt auch, ohne durchschlagende Begründung, ein bloßes Forderungsrecht des Klägers zu jener genügen, s. S. 32 und die dem Gegensatz dinglicher und nur persönlicher Gebundenheit wenig gerecht werdende Bemerkung S. 35 unten. Alsdann bespricht er — für seinen ausschließlich praktischen Zweck bezeichnend — die praktisch wichtigsten Vertheidigungsmittel gegen die Klage und schließt, nach einigen Bemerkungen de lege ferenda über die etwaige Einengung des Kreises der exekutionsfähigen Sachen, mit einem kurzen Exposé über den Einfluß des B.G.B. — Die Litteratur und namentlich die Judikatur des R.G. sind überall gewissenhaft benutzt, wobei Vfr. freilich in mitunter recht auffälliger Weise (s. S. 12 unten) vor der Autorität des letzteren die Segel streicht. Alles in allem ist die wissenschaftliche Bedeutung der kleinen Schrift keine erhebliche.

Die Untersuchungen Gütermann's beschränken sich in ihren geschichtlichen und dogmengeschichtlichen Partien auf eine etwas dürftige Skizze, die hier auch angesichts Frommhold's und Schrutka's werthvollen Arbeiten ausreichend erscheint. Dagegen bietet der gewandt geschriebene und recht ansprechende dogmatische Theil eine eindringende und selbständige Untersuchung des vielumstrittenen Wesens der Interventionsklage. Vfr. schließt sich ebenfalls, wie Nessel, wohl mit Recht, der von Voß und v. Schrutka so hart befehdeten materiellrechtlichen Theorie an. Die Klage setzt danach den Nachweis eigenen Rechtes beim Intervenienten voraus, S. 36, und ist ein auf ihm beruhendes civilrechtliches Schutzmittel, S. 75, folgerecht nur auf Grund der nach Landesrecht für sie geeigneten materiellen Rechte am Platze, S. 90: als solche führt Gütermann an: Eigenthum, dingliche Rechte und Besitz, nicht auch, was eine vielfach vertretene Lehre statuirt, Forderungen, oder doch diese nicht als solche, S. 94, 137.

Neben diesen, m. E. im allgemeinen beifallswürdigen, Erörterungen unternimmt Gütermann auch incidenter Untersuchungen über das Wesen der

Zwangsvollstreckung: ihr wahres Subjekt ist auch heute der Gläubiger, nur vertreten von den angerufenen staatlichen Organen, S. 73.

Best[24]) giebt eine brauchbare Uebersicht über das Grundbuch- und Hypothekenrecht des B.G.B., die zwar der selbständigen wissenschaftlichen Haltung entbehrt und ein tieferes Eingehen auf schwierigere Konstruktionen gern vermeidet — man vergleiche das über das Wesen der Eigenthümerhypothek II S. 111 Gesagte — aber als erste, übersichtliche Einführung in den vielleicht schwierigsten Theil des neuen Gesetzbuches immerhin als dankenswerth zu bezeichnen ist. Vfr. hat als hessischer Praktiker überall das Recht seiner engeren Heimath, dann aber auch das Preußische, herangezogen und die Abweichungen des neuen Rechtes stets scharf hervorgehoben. Ebenso hat er auf die verschiedenen Entwürfe, wie die Motive ausgiebige Rücksicht genommen, hie und da auch Schlaglichter auf die vermuthliche Gestaltung der neuen Sätze im Leben geworfen. Aufgefallen sind mir mehrfache lästige Wiederholungen, so II S. 71 verglichen mit 114. — Durch den Wortlaut des Gesetzes (§ 1113: Belastung des Grundstücks) glaubt Best kurzerhand den Beweis erbracht, daß die moderne Hypothek ein dingliches Recht sei, obwohl es sich hierbei doch nicht um Rechtssätze, sondern nur um Dogmen handeln kann, die verbindlich festzustellen der Willkür des Gesetzgebers entzogen ist! Eine schiefe und durch das S. 141 unten Gesagte neutralisirte Bemerkung findet sich II S. 67, wonach das Gesetz ein möglichst unbeschränktes (!) Dispositionsrecht als für das Gedeihen des Grundbesitzes geboten erachtet habe. Unrichtig ist auch der Satz II, 107, das R.R. habe keinerlei begrenzte Rechte an eigener Sache anerkannt, cf. dagegen Hartmann's bekannten Aufsatz.

d) Forderungsrecht.

P. Meyer[25]) verbreitet sich in lichtvoller Weise über die durch Degenkolb angeregte schwierige Frage nach der Bedeutung der reproduzirenden Vertragsvollziehung. Die Vollziehung eines mündlichen Vertrages ist bei Aenderung eines essentiale Abschluß eines neuen Vertrages unter Aufhebung des alten, bei bloßer Aenderung in Nebenpunkten dagegen nur pactum adiectum zum alten Vertrage. Die anscheinend bedenkliche l. 7 pr. D. XVIII, 5 soll nur auf den Fall einer irrthümlichen Vertragswiederholung zu beziehen sein.

Den in neuerer Zeit mit gutem Grunde viel besprochenen Fragen nach den Voraussetzungen der Schadensersatzhaftung sind drei Arbeiten gewidmet, zwei einander ergänzende von M. Rümelin und eine sich in ähnlichem Gedankengang bewegende von Jung.[26]) Die anregende Antrittsrede des Tübinger Ro-

[24]) L.G.R. Dr. G. Best, Das Grundbuch- und Hypothekenrecht der neuen bürgerlichen Gesetzgebung für das Deutsche Reich. Zwei Theile. Gießen, E. Roth 1896. 167 bezw. 146 S. Preis je M. 2.

[25]) Ref. Paul Meyer, Vertragsvollziehung oder Vertragsreproduktion. Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 87 S. 77—109.

[26]) Prof. Dr. M. Rümelin, Der Zufall im Recht. Akademische Antrittsrede. Freiburg, J. C. B. Mohr 1896. 55 S. Preis M. 1. — Ders., Die

manisten führt uns den **Zufall** in dreifacher Bedeutung für die Jurisprudenz vor — im Gegensatz zur Schuld, zur subjektiv voraussehbaren Gefahr und zu der auf Grund objektiver nachträglicher Prognose erkennbaren Begünstigung, S. 53. Bei der zweiten Kategorie behandelt **Rümelin** besonders die höhere Gewalt und das hier geltende, für die Abgrenzung maßgebende Haftungsprinzip S. 28, 36—38: die großen Unternehmungen haften als Aequivalent für ihre bevorzugte Stellung, vermöge deren sie dem Publikum die Geschäftsbedingungen vorschreiben können, für die mit ihrem Betriebe zusammenhängenden besonderen Gefahren.

Der ganze, klare und geistreiche, Vortrag legt beredtes Zeugniß ab für die Fruchtbarkeit der Verbindung philosophischer Begriffe mit exakt juristischen Untersuchungen.

Ebenso erfreulich und fördernd ist die größere Arbeit, s. darüber mein Referat im Jur. Litt.Bl. 1897 Nr. 102 S. 89. Das von den Römern angenommene **Schuldprinzip** beim Schadensersatze bleibt auch für das moderne Rechtsleben das allein rationelle; die Aufgabe ist nur, es zeitgemäß in einzelnen Punkten zu modifiziren, wofür auch schon das R.R. entwickelungsfähige Keime aufweist, die fortzubilden nur leider die moderne Doktrin bis auf **Unger** und **A. Merkel** unterlassen hat. Die Rechtsordnung besitzt zureichende Gründe, in bestimmten Fällen ein an sich erlaubtes Handeln nur gegen Schadloshaltung der dadurch Verletzten zuzulassen — aber immer erst da, „wo ein besonderes Interesse, ein irgendwie außergewöhnliches Verhalten beginnt", S. 36, 54/5. So in den Fällen des Nothstandes, der „Gefährdungshaftung" der großen Betriebe (Eisenbahnen 2c.), gegenüber denen die Haftungstendenz mit der Ungewöhnlichkeit des Verhaltens und der Größe der verursachten Gefahren proportional wächst S. 41, 49. Endlich die Haftung der Handlungsunfähigen, für die der Grund „in ihrer von einem bestimmten Normaltypus abweichenden Individualität" liegen soll S. 69/70. Abgelehnt werden dagegen in dieser Allgemeinheit die vielfach postulirten Haftungen aus dem persönlichen Herrschaftskreise und dem Handeln im Irrthum.

Den Schluß bildet eine Darstellung und im Ganzen zur Zustimmung führende Kritik der einschlägigen Sätze des B. G.B., wobei mir indeß die Interpretation des § 278 allzu weitgehend erscheint.

Die Untersuchung **Jung's** verdient insofern Anerkennung, als sie großen Fleiß und volle Beherrschung der Gesetze, der Litteratur und Judikatur aufweist, läßt aber dafür manchmal die nöthige Klarheit und Präzision der Darstellung vermissen und trägt ihre Resultate nicht sehr übersichtlich und verständlich vor. Indem sie prüfen will, „wie sich die Fassung der §§ 823ff. B.G.B. zu einigen neuen Formulirungen der außerkontraktlichen Schadensersatzpflicht

---

Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs zur objektiven Schadensersatzpflicht. Ebenda 1896. 97 S. Preis M. 2. — Reg.Ass. Dr. **Erich Jung**, Delikt und Schadensverursachung. Ein Beitrag zur Lehre vom außerkontraktlichen Schadensersatz. Heidelberg, Carl Winter 1897. 164 S. Preis M. 4.

und ihren praktischen Anforderungen wohl verhalten wird", S. 6, bildet die Arbeit ein weiteres Glied in der Kette der neuesten Versuche, die Ersatzpflicht auf eine neue Basis zu stellen. Es giebt nach Jung drei „Hauptgruppen" von Schadensersatzthatbeständen: die Pflichtverletzung, das „aktive Interesse" (Gefahrprinzip) und die Anstellung, zu denen allen sich im B. G.B. mindestens „Ansätze" finden. Das Gemeinsame, der eigentliche Grund der Ersatzpflicht scheint dem Vfr. in dem Handeln, Aktivsein, in einer gewissen Richtung „trotz der dadurch nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden und darum generell voraussehbaren Schädigung Anderer" zu liegen, S. 147. Der Vfr. steht also durchaus auf den Schultern Unger's und Merkel's, ohne erheblich darüber hinauszukommen.

Besonders ausführlich dargestellt ist die Haftung des Unmündigen und des Prinzipals, die sich mit solchem Haftungsprinzipe wenigstens prima vista nur schwer vereinigen lassen. Jung sieht dann auch konsequent den Rechtsgrund der letzteren darin, daß die anscheinend fremde Handlung in Wahrheit eben eine eigene des Prinzipals sei, S. 137. Die Verpflichtung des Handlungsunfähigen dagegen, S. 51ff., erklärt er ähnlich wie Sjögrén (s. XII, 265) als ein Korrelat der Rechtsfähigkeit.

Kritisch verhält sich Vfr., ohne daß er damit überzeugen könnte, gegen die im B. G.B. § 829 statuirte Abstufung der Ersatzpflicht nach den Vermögensverhältnissen der Betheiligten, S. 88ff.

Die Dissertation von Wünsch[27]) über das benef. competentiae ist gut geschrieben und vertheidigt ihre von der gemeinen Meinung abweichenden Ergebnisse in zwar nicht durchschlagender, aber selbständiger und geschickter Weise. An eine alte Meinung von Schömann und Holtius anknüpfend, thut Vfr. dar, daß sein beneficium nicht nur in der ersten Entstehung, sondern auch später nur die Bedeutung einer condemnatio in id, quod facere potest debitor, gehabt habe, nicht die weitere einer Rückbehaltungsbefugniß des Nothbedarfs, von der sich vielmehr nur einige Spuren zu Gunsten des Schenkers finden. Anders freilich im jüngsten R.R., l. 173 D. L. 17: aber das auf Grund dieser übrigens bedenklichen und zweifelhaften Stelle Zurückzuhaltende ist jedenfalls nur unbedeutend.

Allerdings ist danach das ganze Institut viel unbedeutender, als gemeinhin angenommen: aber das harmonirt durchaus mit seiner spärlichen Erwähnung in den Quellen. Den Einwand, daß es nach seiner Lehre durch die l. Iulia de cessione bonorum ganz überflüssig geworden sei, sucht Wünsch in wenig überzeugender Weise zu entkräften durch den Hinweis auf gewisse dem b. c. noch innewohnende Vortheile, namentlich hinsichtlich des Beweises S. 39ff. — Erst gewohnheitsrechtlich hat sich das Institut im Sinne der herrschenden Lehre umgebildet, S. 66.

---

[27]) Dr. Otto Wünsch, Zur Lehre vom beneficium competentiae. (Ausgewählte Leipziger Dissertationen.) Leipzig, Veit u. Co. 1897. 75 S. Preis M. 2,20.

Falsch ist übrigens angesichts des § 516 (Schenkung) die Behauptung (S. 74), dem B. G.B. sei das Kompetenzrecht durchaus unbekannt.

Der viel umstrittenen Lehre von der Kompensation sind diesmal nicht weniger als zwei umfassende und werthvolle Bücher gewidmet, von Leonhard und Geib,[28]) die bedauerlicher Weise so kurz hintereinander erschienen sind, daß keins mehr das andere benutzen konnte. Beide behandeln nicht das gesammte Recht der Aufrechnung mit allen Einzelheiten, sondern vorzugsweise nur ihr Wesen, ihre „Theorie", nach Gemeinem Recht und den neueren Gesetzen, der C.P.O. und dem B. G.B. Dabei ist das Verhältniß, das sie dem letzteren gegenüber dem R.R. zuweisen, ein geradezu entgegengesetztes: während nach Geib die einseitige Aufrechnungserklärung des § 388 etwas wesentlich Anderes darstellt als die gerichtliche Kompensation des Gemeinen Rechts, stimmt sie nach Leonhard geradezu mit diesem überein.

Denn die Aufrechnung soll sich nach ihm schon in Rom vollzogen haben durch den einseitigen Akt des einen oder anderen Theils. Leonhard verwirft also von den bisherigen Kompensationstheorien sowohl die „absoluten", nach denen sich beide Forderungen schon durch ihr Gegenübertreten vernichten, wie die „relativ-prozessualen", nach denen es noch eines gerichtlichen Aktes zur Aufrechnung bedarf, und stellt beiden seine in der Mitte liegende „relativ-materielle" Theorie gegenüber, S. 5, 22. Schon vom einseitigen Parteiakt der Aufrechnung an sollen Forderung und Gegenforderung beseitigt werden, freilich auch nicht früher: die Rückwirkung der herrschenden Lehre wird, m. E. ohne überzeugenden Beweis, sowohl hinsichtlich der Zinsen (S. 117 ff.) wie der mora (S. 201) und der Verjährung, verworfen.

Ich glaube, daß die sorgfältigen Quellenuntersuchungen Leonhard's (s. die Besprechungen S. 86, 93: l. 12 C. h. t.) allerdings die Möglichkeit darthun, daß die Kompensation schon vor dem Prozeß und zwar durch einseitige Erklärung erfolge, daß das Urtheil über sie also nicht konstitutiv, sondern nur deklarativ wirke, S. 129. Aber damit ist weder die Existenz eines Kompensationsvertrages, den Vfr. mit nicht gerade überzeugender Quelleninterpretation ablehnt, S. 19, noch die einer auch von ihm natürlich zugegebenen (S. 147), aber angeblich kaum Besonderheiten, außer höchstens bei der Kostentragung, aufweisenden gerichtlichen Kompensation widerlegt. Und die, auch dem B. G.B. § 389 widersprechende, Ablehnung der Rückwirkung glaube ich entschieden bekämpfen zu müssen; sie widerspricht zum mindesten hinsichtlich des Zinsenlaufes den Quellen, l. 11 D. h. t. XVI, 2, trotz aller scharfsinnigen Versuche des Vfr. S. 186 ff., und ist praktisch verwerflich. Vielleicht ließe sich, was ich hier nur andeuten kann, allen Schwierigkeiten am besten durch die Annahme begegnen, daß als das eigentlich konstitutive Moment für die Beseitigung der gegenüberstehenden Ansprüche doch schon mit den absoluten Theorien die That-

[28]) Ger.Ass. Dr. Franz Leonhard, Die Aufrechnung. Göttingen, Dieterich, 1896. VII und 215 S. Preis M. 4,50. — Prof. Dr. O. Geib, Theorie der gerichtlichen Kompensation. Tübingen, Laupp 1897. XVIII und 357 S. Preis M. 7.

sache ihres Gegenüberstehens angenommen wird, aber — und insoweit behielte Leonhard's These Recht — nur unter dem Hinzutritt des konfirmatorischen Aktes der (außergerichtlichen oder gerichtlichen) Parteierklärung: das Gegenüberstehen wirkt unter der condicio iuris des entsprechenden Parteiaktes, sodaß die Tilgung bis dahin noch in suspenso ist. Damit dürfte auch das sonst immerhin verunglückte Wort „ipso iure compensatur", das abzuschwächen auch dem Vfr. namentlich der l. 4 D. h. t. gegenüber nicht recht gelingen will (S. 34), am besten harmoniren.

Auch die historischen Partien der Arbeit enthalten interessante und beachtenswerthe Resultate, so soll schon vor Marc Aurel im stricti iuris iudicium eine Kompensation möglich gewesen sein, und zwar ohne exceptio; die Neuerung des Kaisers bezog sich nur auf die Ermöglichung einer solchen mit unbestimmten Ansprüchen, bei denen es dann aber ohne exceptio nicht anging, S. 75, 82.

Dem trefflichen Buche Leonhard's steht das Geib'sche an Interesse und Werth in keiner Weise nach, ja es nimmt an Bedeutung unter den in der diesmaligen Rundschau besprochenen Werken eine der allerersten Stellen ein. Mit klarer, eleganter, bisweilen fast glänzender Darstellung verbindet sich hier eine große Schärfe der Auffassung und ein Reichthum selbständiger Ideen, die das Buch zu dem besten erheben, was der rührige Vfr. bisher geschrieben hat.

Zweifach ist die Grundidee Geib's:

a) Das Gegenüberstehen der Forderungen bewirkt noch nicht deren Aufhebung, sondern nur ihre Kompensabilität, S. 24; ebensowenig hat solche Wirkung die einseitige Erklärung, S. 15, 30.

b) Vielmehr vernichtet erst das gerichtliche Urtheil beide Ansprüche. Dies nicht in der Weise, daß der Richter die Tilgung vornähme, sondern so: im Nichteingehen des Klägers auf die gegnerische, einmal vorgenommene und präsent fortdauernde Kompensationsofferte (S. 37) liegt zwar nicht die Verletzung einer nicht existirenden Rechtspflicht (S. 3ff., 13), aber eine Unbilligkeit, die den Beklagten zur Abwehr durch exceptio doli befugt, als welche sich die Kompensationseinrede schon nach der Bezeichnung der römischen Juristen darstellt, S. 45, 54, 57, 333. Die Sache liegt also ähnlich wie bei der Deposition, S. 340. Auf Grund dieser exceptio wird die Klage durch Urtheil abgewiesen und damit die Aufrechnung vollzogen, S. 69. Aber das Urtheil ist nicht mit Eisele als konstitutiv anzusehen, sondern wenigstens formell deklaratorisch, S. 79. Freilich hat es materielle Wirkungen, tilgt Forderung und Gegenforderung, jene direkt re iudicata, diese indirekt satisfactione, S. 96, 100, 355.

Zum Kompensationsvollzug ist somit ein Urtheil über die Gegenforderung nicht erforderlich. Das hat man zwar vielfach bestritten, indem man namentlich davon ausging, daß in der Kompensationseinrede eine verhüllte, eventuelle Widerklage zu sehen sei. Allein diese prozessuale Geltendmachung der Gegenforderung als einer zur Zeit des Prozeßbeginns noch bestehenden begründet keine Rechtshängigkeit, ebensowenig wie Rechtskraft der Entscheidung; — Thesen, denen der größte Theil des Buches (§§ 5—10) gewidmet ist. Im Gegentheil schließt die Aufrechnung die prozessuale Geltendmachung des Anspruches geradezu aus.

Freilich kann man auch rechtshängige Forderungen zu ihr verwenden und umgekehrt, sowohl mittels Widerklage im selben Verfahren wie durch selbständigen Prozeß; aber in Wahrheit ist hier der Gegenstand verschieden — nicht die jetzige Forderung, sondern die zu erhoffende actio iudicati wird verwendet, was deren Existentwerden vor dem Urtheil über die erste Klage voraussetzt, S. 120. Die gegnerische Ansicht widerspricht nach Geib insbesondere auch der deutschen C.P.O., S. 208.

Nicht dagegen soll auch die angebliche Rechtskraft der Entscheidung über die Kompensationseinrede (l. 7 § 1 h. t., § 293 C.P.O.) sprechen. Denn sie beschränkt sich in Wahrheit auf den Fall, daß die Gegenforderung nicht nur durch Einrede, sondern auch durch Widerklage geltend gemacht ist, S. 242—68. Die von den Gegnern aufgestellte Unterscheidung zwischen definitiver und blos provisorischer Verwerfung („si rationem compensationis iudex non habuerit") beruht auf einer Verwechselung zwischen Verwerfung der Kompensationseinrede und der Gegenforderung selbst. Denn ersterenfalls braucht der Bestand der Forderung noch gar nicht untersucht zu sein, S. 273.

Das alles gilt a fortiori von den modernen Kodifikationen, die durch die Existenz der Gegenforderung oder doch schon durch einseitige Erklärung die Tilgung eintreten lassen — hier kann der prozessuale Hergang natürlich nur der sein, wie ihn Geib schon im Gemeinen Recht vorfindet, Vorw. VII.

So bedeutsam alle Untersuchungen des Vfrs. sind, überzeugt haben sie mich nur theilweise. Zunächst ist die Unmöglichkeit der Aufrechnung durch Erklärung mehr vorausgesetzt, als bewiesen, was zumal nach Leonhard's Vorgang als Lücke erscheint. Dann erweckt mir die Zwitternatur des Geib'schen, formell deklarativen, sachlich konstitutiven Urtheils Bedenken. Es ist gezwungen, den Kläger, der doch in der Aufrechnung materielle Befriedigung findet, nicht durch sie, sondern nur durch die formale Thatsache der res indicata um sein Recht kommen zu lassen. Wie kann andererseits das des Gegners „satisfactione" untergehen, wenn Kläger sein Angebot nicht annimmt und der Richter seinerseits doch nicht konstitutiv, die fehlende Einwilligung supplirend, thätig sein soll? Lehrt doch gerade der Vfr., daß das Zahlungsangebot nicht wie Zahlung wirke und bis zur Annahme zurückziehbar sei (S. 40)! Gegen Geib möchte auch die Möglichkeit der von ihm gar nicht berücksichtigten Rückwirkung der Kompensation sprechen.

Im zweiten Theil der Arbeit ist die Beseitigung des gegnerischen Arguments aus der Rechtskraft immerhin sehr kühn und zweifelhaft — sie trägt der Grundidee zu Liebe in die Gesetze Momente und Beschränkungen hinein, die unbefangene Prüfung darin schwerlich finden wird. Auch die Beweisführung aus § 491 C.P.O. (S. 202) beruht auf einer keineswegs unanfechtbaren Auslegung. Endlich ist der Gegensatz zwischen Verwerfung der Kompensationseinrede und der Gegenforderung zwar richtig, aber nicht der Satz, daß der Grund der Verwerfung ersterer belanglos sei, S. 310. Denn der Richter kann auch ohne besondere Widerklage sehr wohl die Einrede nur aus dem ausgesprochenen Grunde verwerfen, weil die Gegenforderung nicht existire. Hier ist eben über diese selbst entschieden!

Dem speziellen Theile des Obligationenrechts gehören zunächst zwei gelungene Dissertationen aus der Lehre vom Kauf an. Während die herrschende Doktrin — nicht auch ebenso die Judikatur — den Verkäufer nur bei Arglist und Versprechen auf das Interesse haften läßt, geht Fr. Leonhard weiter[29]) und lehrt unter eingehender Interpretation der von den Gegnern verwertheten Stellen, daß der Verkäufer für sein Verschulden beim Vertragsschlusse dem Käufer auf Schadensersatz hafte. Er deckt dabei in der That gewisse Schwierigkeiten der herrschenden Lehre auf, S. 37, 47, auf die sie sich zu rechtfertigen nicht umhin können wird, wenn ich auch andererseits seine Sätze nicht für zweifelsfrei erwiesen halte. Namentlich gewähren ihm die Stellen, in denen der Verkäufer mit der Vertragsklage aus seinem formlosen Versprechen haftbar gemacht wird (S. 28), eine nicht zu unterschätzende Stütze. Uebrigens bekämpft Leonhard mit Erfolg die Lehre, nach ältestem Civilrecht habe jener für gewisse Mängel schlechthin gehaftet, S. 73.

Der dem Käufer durch Erwerb einer mangelhaften Sache entstehende Schaden ist nach Dehn[30]) zweifacher Art — theils relativ, theils absolut. Ersterer wird ersetzt nach dem Gesichtspunkt der quodammodo in integrum restitutio (also muß Verkäufer den Kaufpreis verzinsen, Käufer die Früchte ersetzen, S. 16). Aber auch die zweite Klasse ist nach Dehn zu erstatten, denn der Käufer soll schadlos aus dem Geschäfte hervorgehen S. 9. Das ist nach den Quellen bestimmt erweislich bezüglich der Kosten, l. 27 D. XXI, 1 verb.: sed et si quid emtionis causa erogatum est, S. 17, aber auch analog anzunehmen für etwaige andere Schäden, obzwar die Quellen für sie kein ebenso sicheres Resultat ergeben.

Schätzel[31]) legt eine aphoristisch kurz gehaltene, wissenschaftlich belanglose Dissertation aus dem Miethrecht vor; sie behandelt ohne feste Disposition Straf-, Gemeines und neues Reichsrecht nebeneinander. Strenge Beweisgründe sind ebenso zu vermissen, wie es an intensiver Benutzung der Quellen fehlt, so daß von einem Nachweis der öfter streitigen Behauptungen nicht die Rede sein kann.

Erfreulicher ist eine weitere, von Mathis[32]) vorgelegte Dissertation. Sie vertritt unter meist befriedigender Quellenexegese und gewandter Bekämpfung der heute immer mehr zurücktretenden gegnerischen Lehre den richtigen Standpunkt, daß der Meister für den von dem Gehülfen in Ausführung der Ver-

[29]) Ger.Ass. Dr. Fr. Leonhard, Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschlusse. Göttingen, Dieterich 1896. 95 S. Preis M. 1,80.

[30]) Ref. Rud. Dehn, Die actio redhibitoria in ihrer Funktion als Schadensersatzklage nach gemeinem Recht. Erlangen, Dissertation von 1896. 38 S.

[31]) Dr. iur. Georg Schätzel, Der Schutz des Miethers gegen Vermiether und Dritte. München, J. Schweitzer 1896. 41 S. Preis M. 1,20.

[32]) Ref. E. Mathis, Besteht nach gemeinem Recht bei der Werkverdingung eine kontraktliche Haftpflicht des Werkmeisters für das Verschulden seiner Gehülfen? Erlangen, Dissertation von 1896. 70 S.

tragserfüllung angerichteten Schaden unbedingt, für den nur bei ihrer Gelegenheit zugefügten dagegen nur bei eigener culpa hafte. Nicht ganz einverstanden bin ich mit der Begründung S. 56, die letztlich auf eine Art culpa levissima des conductor hinausläuft; das Verschulden des Gehülfen soll für ihn nicht casus sein. Da scheint mir Unger's von Mathis nicht berücksichtigte Lehre vom Handeln auf eigne Gefahr vorzuziehen.

Mit einem verwandten Problem, dem Zufall bei der Werkverdingung, hat sich Referent beschäftigt.[33]) Unter eingehender Darstellung der Litteratur und Judikatur und auf Grund der vielbehandelten einschlägigen Quellenstellen kommt er zu dem Ergebniß, daß der Werkmeister nur für die in seiner Betriebssphäre — dies Wort zwar auch, aber nicht allein räumlich verstanden — nicht aber für die in des Bestellers oder einer neutralen Sphäre ihren Grund habenden Unfälle hafte, bezw. des Gegenanspruchs verlustig gehe. Das unterschiedslos, mag nur der Zufall die Möglichkeit der Ausführung — wo es besonders klar in den Quellen hervortritt, cf. l. 10 pr. D. XIV, 2; l. 15 § 6 D. h. t. — oder das gefertigte, aber noch nicht abgelieferte (materielle) opus treffen. Nur ist letzterenfalls zuzusehen und aus den konkreten Parteizwecken zu beurtheilen, ob die Vernichtung des Geschaffenen wirklich eine Unmöglichkeit der Leistung verursacht hat. Uebrigens muß sich der Unternehmer auch in den Fällen, wo die Leistung unmöglich geworden ist, den dadurch ersparten Aufwand an Material und Arbeit in Abzug bringen lassen. Die dem Werkmeister viel ungünstigeren Bestimmungen des B.G.B. erfahren entschiedene Ablehnung, §§ 645, 323/4.

Das Deutsche Theaterrecht, das in seinen wichtigsten Erscheinungen dem Gebiete der l. c. operis nahe steht, erfährt durch Opet[34]) eine erstmalige, höchst verdienstvolle Gesammtdarstellung, die auf voller Beherrschung des weitschichtigen Stoffes, der — auch ausländischen — Litteratur und Judikatur beruht und sich dazu durch Gewandtheit der Darstellung und maßvolle Selbstständigkeit des Urtheils empfiehlt. Daß das wichtige Theaterrecht einer solchen Behandlung fähig und bedürftig war, wird auch derjenige nicht bestreiten, der dem Vfr. in seiner einleitenden Behauptung, jenes stelle geradezu ein objektives ius speciale, dem Handelsrecht vergleichbar, vor, nicht folgen kann.

Opet behandelt in Th. I das öffentliche Theaterrecht und darunter u. a. den Charakter der Konzession, die ein subjektives Recht gegen den Staat erzeugen soll, S. 46. Schon aus dem auf sie gerichteten Antrag entspringt ein Antrag auf Bescheid, und zwar mangels hindernder Umstände auf antragsgemäßen Bescheid, S. 45. Interessant sind ferner die Erörterungen über die Konzessionserstreckung auf die Wittwe des Unternehmers, S. 86. Weniger

[33]) Prof. Dr. Paul Oertmann, Der Zufall bei der Werkverdingung, Grünhut's Zeitschr. Bd. XXIV S. 1—70.

[34]) Pr.Doz. Dr. O. Opet, Deutsches Theaterrecht. Unter Berücksichtigung der fremden Rechte systematisch dargestellt. Berlin, Calvary 1897. 519 S. Preis M. 10.

zustimmen kann ich dem Satz S. 100, wonach beim Privilegiensystem Rücknahme zulässig sei. Das doch nur, wie bei einem mit Rückwirkung versehenen allgemeinen Gesetz, gegen Entschädigung — denn das Privileg stellt auch eine lex, lex specialis, dar.

Im Th. II, privates Theaterrecht, untersucht Vfr. zunächst den von ihm früher als locatio conductio operis charakterisirten (s. XII, 283) Engagementsvertrag, den er jetzt als „Innominatvertrag des modernen Rechts" (?) zu bezeichnen vorschlägt, S. 165. Alsdann handelt er vom Theaterbesuch, der immer, auch bei öffentlichen Theatern, Gegenstand einer privaten Vereinbarung (l. c. operis) bildet, S. 218, 19. Das Theaterbillet ist im allgemeinen Inhaberpapier, S. 225. Mit Recht legt Opet dem Theater einen Kontrahirungszwang auf, gemäß seiner ans Publikum gerichteten Offerte (wie Biermann) S. 255; ausgeschlossen sind nur die durch Inhalt und Zweck der Offerte oder durch spezielle Erklärung erkennbar ausgeschlossenen Personen, S. 264. Ungenügender Besuch soll nach Opet dem Unternehmer kein Rücktrittsrecht geben S. 248, was mir bedenklich erscheint. — Es folgen höchst beachtenswerthe und im allgemeinen überzeugende Untersuchungen über das Aufführungsrecht, nur die Annahme S. 374, daß dieses im Zweifel auf die Person des kontrahirenden Unternehmers beschränkt sei, möchte mir etwas bedenklich erscheinen.

Im Buche zerstreut finden sich überall, zum Theil werthvolle, rechtspolitische Gedanken — so über die Systeme der Konzession und Theaterfreiheit, über die im öffentlichen Interesse unvermeidliche, aber der Willkür der Behörden zu entziehende Censur S. 147, auch über brennende Fragen des Aufführungsrechts, S. 294.

Ich glaube das Referat mit dem wiederholten Ausdruck warmer Anerkennung schließen zu sollen.

Reuling[35]) bestreitet in zwar schwungvoller, aber mangels strenger Begründung und ausreichender Berücksichtigung der Litteratur schwerlich überzeugender Weise das Vorhandensein eines wahren Vertrages zwischen dem Eigenthümer und dem Grundstücksmakler oder, wie er ihn nennt, -vermittler. Es liegt nur „ein einseitiges, bedingtes Zahlungsversprechen" des dominus an diesen vor, S. 24, und er handelt nur condicionis implendae causa. Weitere Pflichten übernimmt er nicht, S. 36, und man muß ihn selbst gegenüber dem Reichsgericht für befugt erachten, von beiden Theilen Provision anzunehmen. Das scheinen mir alles Resultate, die theoretisch nicht befriedigen und praktisch verwerflich sind.

Eine Arbeit von Lammfromm,[36]) die bei ihrem vielseitigen Inhalt am ersten noch dem Obligationenrecht zuzurechnen ist, zeigt Scharfsinn und Belesen-

[35]) Just.R. Dr. Reuling, Die Provisionsansprüche der Grundstücksvermittler. Sep.-Abdr. aus Gruchot's Beiträgen. Berlin, Vahlen 1897. 42 S. Preis M. 1.

[36]) R.A. Dr. H. Lammfromm, Theilung, Darlehen, Auflage und Umsatzvertrag. Untersuchungen aus dem Privatrecht. Leipzig, Duncker & Humblot 1897. XVIII u. 286 S. Preis M. 6,40.

heit, aber ihre Resultate werden nur zum kleinsten Theil überzeugen; ich wenigstens kann ihnen vorwiegend nur Zweifel, bisweilen auch entschiedene Ablehnung entgegensetzen. Die abstrakt-scholastische Methode des Vfrs. ist zudem nicht geeignet, das Studium seiner Arbeit leicht und genußreich zu machen.

Den Ausgangs- und Endpunkt der Untersuchungen, um mit dem Vfr. zu reden, bildet die interessante und doch auffällig vernachlässigte Frage nach dem Wesen der Gemeinschaftstheilung. Daran schließen sich weitere Abhandlungen über anscheinend ganz verschiedenartige, aber „durch die Zwecke der entsprechenden Geschäfte in wesentlicher innerer Verbindung stehende" (S. VIII), Materien — der Umsatzvertrag, das Darlehen, die Auflage, das negotium mixtum cum donatione.

Das Prinzip der Theilung findet Lammfromm ausgesprochen in der Julianus-Stelle l. 52 § 3 D. X, 2, S. 12. Danach sollen die Genossen dabei nicht den Werth ihrer Quoten, sondern einen entsprechenden Theil des Gesammtwerthes der Sache bekommen. Folglich muß „die gemeinsame Sache den Gegenstand des untrennbaren Verfahrens bilden" S. 29; selbst der Adjudikatar erwirbt somit seinen bisherigen Theil neu. — Diese sehr bedenkliche These will Lammfromm zu Unrecht damit beweisen, daß den Parteien während des Verfahrens die Verfügungsmacht genommen ist. Aber eine ähnliche Beschränkung besteht doch nach R.R. bei allen Prozessen bez. der res litigiosa, ohne daß jemand daraus solche weittragenden Folgerungen zu ziehen versucht hätte. Freilich hat der Richter die Macht, durch adiudicatio Eigenthum zu übertragen: aber darum braucht er nicht, wie die Analogie des Pfandgläubigers und Subhastationsrichters darthun, selbst eine Art Eigenthümer geworden zu sein. Er ist höchstens als (gesetzlicher) Vertreter der Parteien anzusehen und vermittelt direkt zwischen ihnen Rechte und Pflichten.

Anregend und nicht ohne Werth sind Lammfromm's Untersuchungen über den Umsatzvertrag; er sucht dessen Wesen in der Ausschließlichkeit der Zweckbeziehung, der vollständigen Selbständigkeit der beiderseitigen causae, S. 57, im Gegensatz zu den „Assoziationsgeschäften". Folglich stehen bei jenem Leistung und Gegenleistung nicht, wie man gemeinhin verlangt, in einem Aequivalenzverhältniß — ja, subjektiv sind beide gar nothwendig ungleich, S. 64. Daraus ergiebt sich der Gegensatz zur Theilung.

Dem Darlehen schreibt Lammfromm einen fiduciarischen Charakter zu, weil das Mittel der Hingabe über den Zweck hinausgehe, S. 75 — ein immerhin fruchtbarer Gedanke, dessen Verwendung auch bei der Miethe (S. 221) freilich als höchst anstößig und verwerflich abgewiesen werden muß.

Weiterhin versucht die Schrift „die Vertragsnatur der Auflage" festzustellen, im legatum sub modo sieht sie einen vertragsmäßigen Thatbestand (!). Die modale Zuwendung scheidet sich vom Umsatzvertrag nicht sowohl durch das objektive Werthverhältniß, sondern durch die Vorstellung; der modus ist nicht blos lex rei suae dicta, und eine objektive Beschränkung seines Inhalts durch den Werth der Gabe war bis auf Justinian unbekannt, S. 171.

Beachtenswerther sind die Bemerkungen über das neg. mixtum: Bei ihm besteht die unterlaufende Schenkung nach den Quellen nothwendig in einem theilweisen Nachlaß der Kaufpreisschuld, S. 135; desto anfechtbarer aber die gegen die reale Natur des modernen Darlehensvertrages gerichteten, S. 213. Schon vor der Valutazahlung habe der Empfänger im Versprechen des Gegners einen präsenten, durch Cession übertragbaren Vermögenswerth! Aber er hat doch nicht Anspruch auf Zahlung schlechthin, sondern nur auf die mit Uebernahme der Rückzahlungspflicht kausal und nothwendig verbundene Zahlung der Valuta. Höchstens der Anspruch auf Eingehung dieses Geschäfts kann cessibel sein, nicht aber der isolirt gar nicht existirende auf die Valutazahlung allein. Denn das Darlehen ist kein Synallagma mit selbständiger Verpflichtung und Gegenverpflichtung. Lammfromm leugnet nun zwar die begriffliche Möglichkeit eines Vorvertrages zum Abschluß von Kausalgeschäften: erzwingbare Geschäfte können nur formale Akte darstellen, S. 257, 262 — eine durchaus abwegige Behauptung, die auf einer Verwechselung des Geschäftszweckes und des eigentlichen Inhalts des Aktes selbst beruht. Allerdings gebe ich z. B. vielleicht ein Darlehen, um meine Pflicht aus dem pactum de contrahendo zu erfüllen, aber diese Erfüllung vollzieht sich eben in nichts anderem als in dem Abschluß des selbständigen Kausalaktes, der durch den Grund seiner Eingehung selbst keineswegs tangirt wird.

Aber auch die Grundidee des Vfr. über die Theilung, die durch das Bisherige vorbereitet werden sollte, scheint bedenklich. Zugegeben, daß jene als solche kein Umsatzgeschäft darstellt, so können doch sehr wohl zu ihrer Herbeiführung Kauf- und Tauschakte unter den Parteien vorgenommen werden. Die Möglichkeit eines Verkaufes der res communis an Dritte (S. 237) ist kein Beweis gegen die Umsatznatur — denn hier wird eben der erzielte Erlös Theilungsmasse und seinerseits pro partibus vertheilt.

Steinbach[37]) giebt in einer kleinen, elegant und anregend geschriebenen Studie eine Ergänzung seines i. J. 1896 in Wien gehaltenen Vortrages über „Erwerb und Beruf". Unter den im Titel genannten Geschäften, im Gegensatz zu den Güteraustauschgeschäften, versteht der Vfr. solche Akte und Verhältnisse, bei denen die Parteien nicht in wirthschaftlichem Gegensatz stehen, sondern sich der eine in seinem Interesse des andern zur wirthschaftlichen Ergänzung seiner Persönlichkeit bedient, sodaß ein gegenseitiges Treueverhältniß beide umschlingt, S. 2, 54, 60, 105/6. Dahin zählen societas, mandatum, Vormundschaft, Verhältniß der Staatsbeamten. Bei anderen hat sich solcher Charakter im kapitalistischen Wirthschaftssystem verloren — so bei der Kommission und dem Dienstvertrage, in denen man heute nur Austauschverträge erblickt.

Steinbach weist eine ganze Reihe von Eigenthümlichkeiten auf, die das Römische sowohl wie das moderne Recht, wenn auch vielleicht des inneren Grundes unbewußt, solchen Geschäften beigelegt haben, so die Abgrenzung der

[37]) Dr. Emil Steinbach, Rechtsgeschäfte der wirthschaftlichen Organisation. Wien, Manz 1897. VI u. 184 S. Preis M. 3.

Haftung (S. 54, 79), die Infamie bei Treubruch u. s. w. Andererseits hat die vielfache Verwischung des Charakters dieser Akte auch vieles Schwanken der Gesetzgebung, manche prinziplosen Bestimmungen verschuldet. In dem aktuellsten Theil seiner schönen Arbeit bemüht sich Vfr., verschiedene hierher gehörige Erscheinungen von seinem Standpunkt aus einer, natürlich nicht erschöpfenden, aber darum nicht minder beachtenswerthen, Untersuchung zu unterwerfen. So die Probleme des Selbsteintrittsrechts des Kommissionärs, der Bestrafung des Kontraktbruches, den Bruch des Geschäftsgeheimnisses, die Konkurrenzklausel, die Kartelle. Dabei scheinen mir, ohne daß ich sonst in das Einzelne eingehen will, besonders bedeutungsvoll und beifallswürdig die Bemerkungen S. 133 gegen eine allgemeine Bestrafung des Kontraktbruches. Trefflich sind ferner, besonders von meinem wissenschaftlichen Standpunkt aus, die schönen Sätze über die Nothwendigkeit einer zielbewußten Rechtspolitik, S. 72, der auch sonst das ganze Buch an vielen Stellen nachdrücklich das Wort redet. So kann denn die Lektüre der Arbeit, die stets anregend und interessant geschrieben ist, jedem Freunde moderner, sozialer Rechtsentwickelung auf's wärmste empfohlen werden.

Eine letzte Arbeit aus dem Obligationsrecht, von Schollmeyer,[38]) ist durchaus dem B.G.B. gewidmet. Herausgewachsen aus einem Vortrage des bekannten Cyklus der Berliner Juristischen Gesellschaft (cf. XII, 273), giebt sie eine kurze, präzise und leichtverständliche Uebersicht über den speziellen Theil des Obligationenrechts, dabei in der Regel, doch nicht immer, der Legalordnung folgend. Aber sie ist nicht allein orientirende Uebersicht, sondern geht auch in erfreulicher Weise auf manche tiefer liegenden, wichtigen Einzelfragen ein, sodaß der Arbeit ein selbständiger wissenschaftlicher Werth auch für die Zukunft erhalten bleiben wird.

Hervorheben möchte ich zunächst die Untersuchung S. 12 über das Verhältniß der Klagen des Käufers auf Eigenthumsverschaffung und Ersatz, über das der §§ 519 und 528 bei der Schenkung, S. 31. In der Miethe erblickt Schollmeyer mit Crome eine Zustandsobligation, S. 51. — Weniger zustimmen kann ich den Bemerkungen S. 17 — denn der § 346 legt ja den Parteien eine Pflicht zur Rückgewährung auf, und auf die Erfüllung einer solchen kann doch jeder klagen. Gegenüber dem S. 30 über § 519² Gesagten scheint mir hier eine condictio indebiti doch wohl am Platze zu sein. Wenn endlich Vfr. ablehnt, Schulden als mögliche Bestandtheile des Gesellschaftsvermögens anzuerkennen, S. 73, so ist das m. E. nicht zu billigen und wird jedenfalls durch die angeführte persönliche Haftung der Sozien — man denke an die eingetragenen Genossenschaften — nicht bewiesen: diese Haftung ist der Bürgschaft ähnlich.

c) Familienrecht.

Aus dem erwähnten Berliner Vortragscyclus hervorgegangen sind auch zwei Darstellungen des Eherechts. — Jacobi[39]) behandelt das persönliche Ehe-,

[38]) Prof. Dr. F. Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin, Guttentag 1897. 122 S. Preis M. 2,50.

[39]) Prof. Dr. Leonhard Jacobi, Das persönliche Eherecht des Bürger-

Schröder[40]) das eheliche Güterrecht. Jacobi giebt eine kurze, gemeinverständliche Uebersicht über das neue Recht mit Hinweisen auf seine praktische Entwickelung und das Verhältniß zu den bisherigen Rechten. Auch die Kritik ist gegenüber dem abgeschlossenen Gesetzbuch zwar zurückgetreten, aber doch nicht gespart, s. namentlich S. 43, 65 ff., 81, wo sich vielfach beachtenswerthe, nur leider von den maßgebenden Instanzen thatsächlich nicht beachtete, Erwägungen finden. Bedenklich ist nur die Polemik gegen die Vertragsnatur des Eheschlusses, S. 21, und abwegig die Konstruktion des Ersatzanspruches gegen den Verlöbnißbrecher als condictio ob causam datorum, S. 16. Denn die Eheschließung war doch nicht Zweck der etwaigen Zuwendung, und überhaupt beschränkt sich der Anspruch mit nichten auf Zurückforderung einer solchen, sondern erstreckt sich auf andere Schäden ebensogut (z. B. angeschafftes Mobiliar).

Schröder's gleichfalls übersichtliche und zur ersten Einführung höchst brauchbare Darstellung lehnt sich ganz an den bereits XII, 273 besprochenen Vortrag an, nur mit Berücksichtigung der eingetretenen Aenderungen in Inhalt und Nummerirung der Paragraphen und einigen Zusätzen, namentlich in Form von Anmerkungen.

Jastrow[41]) verfolgt mit seinem elegant ausgestatteten Büchlein den höchst lobenswerthen — namentlich gegenüber gewissen allzu radikalen Bestrebungen der Frauenwelt — Zweck, „den Frauen, welche sich für das neugeschaffene Recht und für die Stellung ihres Geschlechtes in demselben interessiren, eine dauernd zu benutzende Anleitung zur Orientirung in den einschlägigen Fragen zu geben". Ich glaube, daß Vfr. die nicht leichte Aufgabe, bei der es Genauigkeit und wissenschaftlichen Ernst mit gemeinverständlicher Fassung und Anordnung zu verbinden galt, in musterhafter Weise gelöst hat, und ihm dafür der Dank nicht nur der Frauen, sondern nicht weniger auch der Juristen in hohem Maße gebührt. Die wesentlich dogmatische Darstellung ist auch vielfach mit rechtspolitischen Erwägungen durchsetzt, s. z. B. S. 64 (gegen die Gütertrennung), 141 (Ehescheidungsrecht), 147, 177, denen man sich in ihrer maßvollen, aber doch entschiedenen freiheitlichen Richtung in der Regel wird anschließen können. Nur der Bemerkung S. 160 über die angebliche Ungerechtigkeit verschiedener Bewerthung des error virginitatis bei Mann und Weib kann ich aus mancherlei Gründen nicht folgen, ohne darum der „doppelten Moral" unbedingt das Wort zu reden.

f) Erbrecht.

Stärker als gewöhnlich ist diesmal das Erbrecht vertreten, an Zahl wie an Bedeutung der dahin gehörigen Schriften. In vorderster Reihe steht das um-

lichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. Berlin, Guttentag 1896. 90 S. Preis M. 1,80.

[40]) Geh. Hofrath Prof. Dr. R. Schröder, Das eheliche Güterrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche f. d. deutsche Reich. Ebenda, 36 S. Preis M. 1.

[41]) A.G.R. Hermann Jastrow, Das Recht der Frau nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Dargestellt für die Frauen. Berlin, Liebmann 1897. VIII u. 213 S. Preis geb. M. 2,80.

fassende, durch Band II nunmehr vollendete Werk von Steinlechner,[42]) das an wissenschaftlicher Gründlichkeit, Quellen- und Litteraturbeherrschung Ausgezeichnetes leistet und daneben ein stets wohlabgeklärtes, selbständiges Urtheil, in klarer, freilich theilweise recht breiter, Darstellung aufweist. Die sachlichen Ergebnisse der grundgelehrten Arbeit liegen m. E. vorzugsweise in der Förderung der vielen und schweren Detailfragen, die mit dem Wesen des Römischen Erbrechts zusammenhängen — für sie hat der Verfasser, was im Einzelnen zu verfolgen hier der Raum fehlt, überall höchst Anerkennenswerthes, hie und da selbst Abschließendes geleistet. Ob dagegen die von Steinlechner aufgestellte Grundidee in gleicher Weise beifallswürdig sei, ist eine andere, hier natürlich nicht so von obenher zu beantwortende Frage — alle Zweifel zu lösen scheint sie mir jedenfalls ebensowenig, wie ihre zahlreichen Vorgängerinnen, deren Achillesfersen zu treffen Steinlechner wohl versteht.

Das durch die Delation geschaffene Recht, so erfahren wir vom Verfasser, ist ein Pendenzverhältniß, schwebend zwischen dem bisherigen Rechtszustande (II, 83) bezw. der Herrenlosigkeit (II, 77) und dem Eigenthum des Erben, insoweit dem Verhältniß beim Vindikationslegat und dem peculium castrense vergleichbar. Aber ein Pendenzverhältniß mit vorläufiger Regelung zu Gunsten der einen, und zwar der ersten, Alternative, wie beim Vindikationslegat zu Gunsten des Legatars. Um an ihre Stelle die zweite zu setzen, bedarf es noch des Antritts als Erfüllung einer conditio iuris, Ratihabition des vom Erblasser an den Erben ergangenen Rufes, I S. 419, 424, 449. Jener hat daher nicht nur deklarative, sondern auch konstitutive Bedeutung — während das Recht aus der Delation nur ein, wenn auch nicht im gewöhnlichen Sinne, bedingtes Recht darstellt, S. 443/5, wirkt aber andererseits gemäß der angeblich schon klar erfassenden Lehre der Römischen Juristen von seiner Vollziehung an zurück. Wieweit, das stellt Steinlechner durch ausführliche Einzeluntersuchung genau abgrenzend fest. Aehnliches soll auch beim Legat gelten, sodaß sogar, anders als die herrschende Lehre will, die Früchte der Zwischenzeit an den Vermächtnißnehmer fallen, II 153 ff., namentlich 157 und die Stelle S. 182.

Somit kann man keinesfalls mit der gemeinen Meinung in der aditio den ausschließlichen Erwerbsgrund sehen — schon vorher ist ein, die Unmittelbarkeit der Erbfolge vermittelndes und ermöglichendes, schwebendes Erbrecht vorhanden, s. z. B. II, S. 9, 13, 16, 191. Eine mit eigener Persönlichkeit versehene hereditas iacens als selbständiges Zwischenglied giebt es folgerecht nicht; was sie „erwirbt", stellt in Wahrheit auch nur suspensiv-bedingten Erwerb des Erben dar, II, 35.

Nur einigen Bedenken gegen diese Lehre sei hier Raum gegönnt! Zunächst erklärt sie nicht den interimistischen Rechtsschutz der hereditas. Denn die Alter-

[42]) Prof. Dr. Paul Steinlechner, Das schwebende Erbrecht und die Unmittelbarkeit der Erbfolge nach Römischem und Oesterreichischem Recht. Ein Beitrag zur Lehre von der Pendenz der Rechte. Theil I und II. Innsbruck, Wagner'sche Universitätsbuchhandlung 1893 und 97. VII und 456 S. bezw. 375 S. Preis M. 9 bezw. 7,20.

native soll ja vorläufig gegen den Erben und, wie Vfr. einmal selbst sagt, im Sinne vorläufiger Herrenlosigkeit entschieden sein. Eine solche aber bedeutet vorläufige Schutzlosigkeit, solange man wenigstens nicht die von Steinlechner selbst skeptisch behandelte Lehre Jhering's von den passiven Wirkungen der Rechte annimmt. Man muß also schon — und darauf drängt die quellenmäßige, beschränkte Erwerbsfähigkeit der hereditas iacens auch nothwendig hin, da ja die sie etwa erklärende „zweite Alternative" (Recht des Berufenen) nach Steinlechner selbst vorläufig nicht in Frage kommen kann, — eine andere positive Regelung acceptiren: etwa, wie Steinlechner (II, 83) selbst einmal sagt, im Sinne des bisherigen Rechtszustandes, d. h. doch wohl einer Fortdauer der Gerechtsame des Erblassers. Da dieser aber physisch jedenfalls nicht mehr existirt, so bleibt nichts übrig, als seinen fortwirkenden Willen als agens einer in der hereditas iacens anzuerkennenden juristischen Persönlichkeit aufzufassen. Ich erachte solche, von Steinlechner freilich verworfene (II, 100 dag. s. das. 83) Auffassung mit seiner Pendenztheorie durchaus nicht für unverträglich, ja sie scheint mir sogar von ihr geradezu erfordert zu werden.

Uebrigens weiß Vfr. für die von ihm geforderte Unmittelbarkeit der Erbfolge gute Gründe anzuführen, so aus der Unzulässigkeit des dies, während ihm die conditio wegen der Rückwirkung keine Skrupel macht, I, 342. Für ihn möchte auch das Erforderniß der Koexistenz von Erblasser und Erben sprechen, S. 351.

Mehrfach ist das Erbrecht des B.G.B. bearbeitet worden, zunächst in zwei systematischen Darstellungen von Strohal und Böhm.[43]) Des ersteren Buch, gleichfalls aus einem Vortrag der Berliner jur. Gesellschaft erwachsen, ist das bei weitem selbständigere und bedeutendere; es giebt eine zwar knappe, aber außerordentlich scharfsinnige und für künftige Arbeiten bahnbrechende dogmatische, vielfach auch durch gehaltvolle Kritik gewürzte, Uebersicht über den wesentlichen Inhalt des fünften Buches des B.G.B. Wie wenige versteht es Strohal, die Sätze des Gesetzbuches unter sein scharf und sicher schneidendes Seziermesser zu nehmen (s. z. B. S. 36, 67), sie auch durch mit subtilem Scharfsinn ersonnene, freilich — zum Glück! — nicht alle Tage vorkommende praktische Beispiele ad absurdum zu führen: charakteristisch für seine Methode sind die mit schwierigen Berechnungen verbundenen Fälle S. 90ff. Es geschieht das nicht zur Verkleinerung des Gesetzbuches, sondern in Erfüllung der von Strohal der Wissenschaft auch gegenüber dem vollendeten mit Recht zugewiesenen kritisch-rechtspolitischen Aufgabe, s. S. 2.

Strohal wollte und konnte derzeit noch keine „erschöpfende und überall auch das reiche Detail verarbeitende" Darstellung geben (s. Vorwort). Aber

---

[43]) Prof. Dr. Emil Strohal, Das deutsche Erbrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. In kurzgefaßter Darstellung. Berlin, Guttentag 1896. VII u. 168 S. Preis M. 3. — R.-A. J. Böhm, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Systematisch dargestellt und durch Formulare erläutert. Hannover, Helwing 1896. VIII u. 431 S. Preis M. 8.

wie tief und sicher er auch in die schwierigen Einzelfragen eingedrungen ist, davon geben z. B. die treffenden Entscheidungen auf S. 79 und 160 beredtes Zeugniß. Ich kann das Referat über eine der werthvollsten Erscheinungen aus der jungen Wissenschaft des bürgerlichen Rechts nur mit dem Wunsche schließen, daß der verehrte Verfasser es nicht unterlassen möge, sein Buch demnächst zu einer großen Gesammtdarstellung des neuen Erbrechts zu erweitern!

Böhm's Werk ist äußerlich viel umfassender als das Strohal's — allerdings sind von seinem Gesammtumfang die höchst überflüssiger Weise den Gesetzestext wörtlich abdruckenden Seiten 284—408 abzuziehen. Empfehlenswerther ist die Beifügung von Formularen, die aber sinnwidriger Weise mit der Jahreszahl 1896 (!) datirt sind, obwohl das B. G.B. doch noch nicht gilt.

Die Darstellung ist rein dogmatisch, ohne rechtspolitische oder längere historische Ausführungen; der Eintheilung wird fast durchgehends die Legalordnung zu Grunde gelegt. Vfr. schreibt angenehm und verständlich, weiß auch das Vorgetragene bisweilen durch Beispiele zu erläutern. Sachlich aber giebt er im Wesentlichen nur eine Paraphrase des Textes, ohne viel auf schwierige, durch ihn nicht unmittelbar veranlaßte Fragen einzugehen. Das jedoch mit Ausnahmen, s. z. B. die nicht üble Erörterung S. 52. Ist somit das Buch ohne größere selbständige Bedeutung, so sind doch andererseits wesentliche Verstöße selten und ist die Ausführung im allgemeinen sorgfältig.

Zu weit geht die Bemerkung S. 23/4 u., wobei die Möglichkeit eines unsittlichen Charakters der dort erwähnten Bedingungen (cf. § 138 B.G.B.) unbeachtet bleibt; schief ist der Satz S. 57 Mitte, daß Legate (stets) dingliches Recht gewährt hätten, falsch der S. 83 von der Ungültigkeit des poenae nomine relictum im geltenden Gemeinen Recht.

Mit der Haftung des Erben, einer im Gesetzbuch höchst komplizirt geordneten Materie, befassen sich zwei kleinere Arbeiten von Wendt und Claussen.[44]) Nach des ersteren vortrefflicher Untersuchung haftet der Erbe auch im B.G.B. an sich persönlich — ähnlich auch Strohal S. 128 — hat aber die Möglichkeit, beschränkte Haftung zu gewinnen, S. 358. Andererseits kann er, namentlich durch Versäumniß des Inventars, einen Verlust dieser Möglichkeit erleiden, welcher die unbeschränkte Haftung nicht erst eintreten läßt, sondern nur bestätigt und unabwendbar macht, S. 360. Umgekehrt befreit, zwar nicht die Inventarerrichtung, wie in Rom, sondern erst Nachlaßverwaltung und -konkurs den Erben endgültig von der unbeschränkten Haftung, S. 412.

In unvermitteltem Gegensatz dazu lehrt Claussen, daß das B. G.B. „durchaus auf dem Boden der beschränkten Haftung" stehe, S. 11. Diese Haftung ist eine solche cum, nicht pro viribus hereditatis, jedoch kann sich der Erbe durch Leistung des entsprechenden Werthquantums aus eigenem Vermögen in einigen Fällen von der Haftung befreien, S. 19. — Da eigene Interpre-

[44]) Prof. Dr. O. Wendt, Die Haftung der Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten. Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 86 S. 353—436. — Ref. H. Claussen, ebenso, Dissertation. Erlangen 1896. 34 S. Preis M. 1.

tationen und weitergehende Untersuchungen in der kleinen Arbeit fehlen, so wird sie, fürchte ich, gegenüber Wendt's tiefergehenden Untersuchungen keinen Eindruck machen.

Bei der Aufmerksamkeit, die unsere moderne Sozialpolitik der Ausgestaltung eines bäuerlichen Sondererbrechts widmet, kann eine Sammlung des mannigfach zerstreuten Rechtsstoffes nur willkommen sein, und die von Frommhold[45]) unternommene ist daher zeitgemäß und dankenswerth. Mit großem Fleiß hat er das weitschichtige ältere und neuere Material zusammengetragen; wieweit ihm dabei Vollständigkeit zu erzielen gelungen ist, entzieht sich meinem Urtheil — aber auf alle Fälle ist das Geleistete als Ergebniß eines ersten Versuches durchaus respektabel. Das gänzliche Fehlen eigener Zuthaten erscheint bedauerlich, doch darf man vielleicht hoffen, daß Vfr. im vorliegenden Buche nur eine Vorarbeit liefern will für eine wissenschaftlich viel lohnendere und weniger entsagungsvolle, zugleich auch kritische Gesammtdarstellung der juristisch und volkswirthschaftlich so bedeutsamen Materie!

g) Urheberrecht und Verwandtes.

Die Idee von Schmid,[46]) die sämmtlichen deutschen Gesetze über gewerblichen Rechtsschutz in einem mäßig starken Bande mit einem ausgiebigen Kommentar zu vereinigen, ist recht glücklich. Der Vfr. bezieht darin ein das Gesetz über Muster und Modelle, das zum Schutz der Waarenbezeichnungen, das Patentgesetz, das Gesetz zum Schutz der Gebrauchsmuster und das zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes, und behandelt dieses in auffälligem Gegensatz zu dem doch wohl noch bedeutsameren Patentgesetz bei weitem am ausführlichsten (S. 249—364). Schmid zeigt eine solide Beherrschung des großen Stoffes, auch der Judikatur und Litteratur. Bei den Citaten freilich verfährt er nicht immer mit der wünschenswerthen Genauigkeit, indem er ganz allgemein auf die betr. Werke verweist ohne Angabe von Seitenzahlen, durch die die Citate doch erst wirklichen Werth erhalten, s. z. B. S. 64, 75, 140. Allzu große Nachgiebigkeit, durch den „praktischen" Zweck des Buches nur zum Theil entschuldigt, zeigt Vfr. gegenüber der Judikatur der höchsten Gerichtshöfe, s. die etwas naive Bemerkung im Vorwort. Obwohl die Ausführungen zu den einzelnen §§ nicht übel geordnet sind, hätte doch für die Uebersichtlichkeit noch mehr geschehen können, etwa durch Nummerirung und alphabetisches Verzeichniß der Schlagworte am Eingang.

Die Darstellung ist im allgemeinen gewandt und klar, nur bisweilen finden sich unexakte Ausdrücke, so S. 46 („schuldhafte Fahrlässigkeit" — giebt es denn auch andere?), S. 300 (mittelbarer Schaden, das heißt entgangener

---

[45]) Prof. Dr. G. Frommhold, Deutsches Anerbenrecht. Eine Sammlung der in den deutschen Bundesstaaten geltenden Gesetze und Verordnungen über das bäuerliche Erbrecht. Greifswald, Abel 1897. VII u. 242 S. Preis M. 7.

[46]) R.A. P. Schmid, Die Gesetze zum Schutz des gewerblichen Eigenthums. Berlin, Carl Heymanns Verlag 1897. XII u. 387 S. Preis M. 7.

Gewinn (!). Beachtung erfordern die mehrfachen selbständigen Erörterungen, so S. 266 und die Untersuchungen über das Verhältniß des Wettbewerb-Gesetzes zum B. G.B., S. 270, 273, die freilich m. E. zu Unrecht einen Widerspruch zwischen ersterem und dem § 823 annehmen. Nicht beitreten kann ich auch der Behauptung S. 331 über die event. Unzulässigkeit der Verwendung des eigenen Namens, die doch höchstens nach § 226 B. G.B. rechtswidrig sein kann.

Zweimal[47]) ist die patentrechtliche Lizenz in der Berichtsperiode behandelt, von Klöppel in knapper, von Munk in ausführlicher Weise. Bei jenem tritt mehr der rechtsvergleichende, bei diesem der dogmatische und rechtspolitische Gesichtspunkt hervor, ohne doch alleinherrschend zu sein. Munk's Arbeit als die bei weitem bedeutendere behandelt den in unserer Doktrin noch immer nicht entsprechend gewürdigten Gegenstand in wenn auch nicht abschließender, so doch entschieden fruchtbarer und befriedigender Weise, zu rühmen sind auch die flotte, gefällige Schreibart und die Schärfe der gut durchgeführten Disposition. Wenn er einerseits unter starker Verwerthung der Judikatur den für den Praktiker bedeutsamsten Fragen besondere Aufmerksamkeit widmet, vernachlässigt Munk doch auch andererseits dabei die prinzipielle Seite nicht. Freilich hätte hier bisweilen mehr geschehen können — die Erörterungen S. 18 über das Wesen der Lizenz, in der Vfr. ein positives, der Miethe, dem Aufführungs- und Verlagsrecht ähnliches Recht erblickt, sind doch nur aphoristisch vorgetragen.

In ihrer Auffassung von der Wirkung der Lizenz gehen beide Autoren weit auseinander. Während beide einig darin sind, daß sie gegen den Besteller und seine Rechtsnachfolger wirke (Munk S. 112, Klöppel S. 32), leugnet Klöppel S. 32 im Gegensatz zu Munk S. 170 einen Anspruch auch gegen dritte Störer. Seine Gründe sind schwach — wenn es selbst an blos obligatorischen Rechten Nießbrauch und Pfandrecht giebt, warum nicht auch an dem, der Dinglichkeit viel näher stehenden „Patente"? — Uebrigens müssen mangels ausreichender gesetzlicher Regelung für diese und andere Fragen meist innere Gründe entscheiden, in deren Erörterung namentlich Munk fast überall Befriedigendes leistet. Besonders trifft das zu bei den Untersuchungen S. 103 über die Veräußerlichkeit der Lizenz, die Munk nur gemeinsam mit dem freien Betriebe zuläßt; auch auf S. 108, 111, 141 ff. (Gewährleistungspflicht des Lizenzgebers) finden sich lichtvolle Erwägungen. Mit Recht lassen endlich beide Autoren durch die Nichtigkeitserklärung des Patentes den Anspruch auf die schon verfallenen Lizenzgebühren nicht von rückwärts zu nichte werden, Munk S. 148/9, Klöppel S. 41 gegen Kohler und Staub, s. auch Bd. XII S. 290.

Schanze's lesenswerte Untersuchung[48]) über den Begriff der Erfindung

---

[47]) Dr. jur. et phil. Edm. Klöppel, Der Lizenzvertrag. (Ausgew. Leipziger Dissert.) Leipzig, Veit 1896. 45 S. Preis M. 1,35. — Advokat Dr. Leo Munk (Wien), Die patentrechtliche Lizenz. Berlin, Carl Heymanns Verlag 1897. 176 S. Preis M. 3,60.

[48]) Dr. Schanze, Was sind gewerblich verwendbare Erfindungen? Grünhut's Zeitschr. Bd. XXIII S. 31—80.

kommt zu dem Resultat, daß sie eine Geistesschöpfung sei, die, um patentfähig zu werden, eine gewerbliche Verwerthung gestatten muß.

Den Unterschied zwischen Kunstwerk und Geschmacksmuster hat man nach Kohler[49]) nicht im verschiedenen Werth, auch nicht in der konkreten Verwendung zu suchen, sondern in der Zwecklosigkeit des einen gegenüber der Zweckbestimmung des andern.

Lobe's[50]) anregender Vortrag bildet eine Ergänzung zu dessen Bd. XII S. 286 besprochenem Werke über die unerlaubte Konkurrenz und behandelt das Verhältniß des gegen sie erlassenen Gesetzes zum Schadensersatzrecht des B. G.B. Dieses hat in die Geltung des ersteren als einer lex specialis nicht eingegriffen, aber den Rechtsschutz durch § 823 andererseits auf fahrlässige Eingriffe erweitert, wenigstens wenn man mit Lobe dafür hält, daß die Erwerbsthätigkeit die Bethätigung eines subjektiven Rechts darstellt.

Mittler's[51]) in ihrem ersten Theil dem Markenrecht, im zweiten der unerlaubten Konkurrenz gewidmete Arbeit ist ein Produkt anerkennenswerthen Fleißes — s. das vorangestellte stattliche Litteraturverzeichniß — und enthält manchen selbständigen gesetzgeberischen Gedanken. Aber die Darstellung ist recht unübersichtlich, eine feste Disposition läßt sich nicht erkennen und die stete Vermischung dogmatischer und rechtsvergleichender Erörterung mit legislativpolitischen Sätzen wirkt außerordentlich störend — manchmal ist es schwer, festzustellen, ob Vfr. die lex lata oder ferenda im Auge hat. Das wird die Wirkung seiner Untersuchungen wesentlich abschwächen, deren maßvoller und verständiger Tendenz man übrigens grundsätzlichen Beifall nicht versagen kann, s. z. B. das S. 92 über die Gefahren der Spezialgesetzgebung Gesagte. Auch die Darstellungsform ist nicht mangelfrei; der reichsdeutsche Leser vor allem wird sich an manchen unberechtigten Austriazismen stoßen, wie sie sich z. B. auf S. 15, 65, 138 finden.

Mittler verficht besonders eindringlich die These, daß das Markenschutzdelikt von Amtswegen verfolgt werden müsse, da doch in Wahrheit das Publikum der wesentlich geschädigte Theil sei neben dem Konkurrenten, S. 37, 57. Daneben scheinen mir besonders lehrreich die Bemerkungen über die Wirkung der schon gelöschten Marken, S. 62, die Mittler aus dem Recht auf Erhaltung des einmal erworbenen Absatzkreises herleitet. Freilich macht sich Vfr. den Beweis eines solchen subjektiven Rechtes denn doch allzu leicht, s. S. 2.

Beifallswürdig ist die wenig günstige Kritik der Oesterreichischen Ausverkaufsgesetzgebung, vor der in der That das „freiere deutsche System" den Vorzug verdienen dürfte, S. 142, 147.

---

[49]) J. Kohler, Kunstwerk und Geschmacksmuster. Archiv f. d. civ. Praxis. Bd. 87 S. 1—39.

[50]) L.R. Dr. A. Lobe, Die Bestimmungen des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb über Reklame. Sep.-Abdr. aus d. sächsischen Archiv Bd. VIII S. 16.

[51]) Dr. H. Mittler jun., Illoyale Konkurrenz und Markenschutz. Wien, Manz 1896. XII u. 254 S. Preis M. 5.

IV. Partikular- und ausländisches Recht.

Von Dernburg's altbewährtem Preußischem Privatrecht liegt nun auch Bd. II in fünfter Auflage[52]) vor; damit ist das Werk, wie das fast wehmüthig berührende Vorwort bemerkt, „endgültig abgeschlossen", wenigstens in seiner jetzigen Gestalt. Da Anlage und Umfang nicht wesentlich geändert sind, erübrigt hier um so eher eine ausführliche Besprechung. Daß die neuere Litteratur und Judikatur gewissenhafte Berücksichtigung erfahren haben, versteht sich von selbst; dagegen lag das B. G.B zu verwerten diesmal nicht im Plane — hoffentlich wird ihm der verehrte Vfr. von nun an selbständig seine Arbeitskraft zuwenden!

Einen wesentlich anderen Charakter trägt das gleichfalls in neuer Auflage vorliegende, wohlbekannte Buch von Engelmann[53]). Es hat sich in seinen bisherigen Auflagen als ein für den Vorbereitungszweck der Rechtskandidaten und Referendarien trefflich geeignetes Hülfsmittel bewährt, während ihm natürlich erheblicher wissenschaftlicher Werth abgeht. Die neue Bearbeitung hat am Grundcharakter kaum etwas geändert, nur ist das Handelsrecht diesmal in weitergehendem Umfange herangezogen; nicht zwar als selbständiger Theil, sondern in das allgemeine Obligationenrecht verwebt. Somit mußte auch die Seiten- und Paragraphenzahl entsprechend wachsen. Dagegen ist das B.G.B. noch nicht einbezogen, ebensowenig das neue Börsenrecht.

Der neue Band von Gruchot's Beiträgen[54]) weist wieder eine große Zahl von theilweise recht interessanten Aufsätzen und Mittheilungen auf, darunter auch viele sonst nicht zugängliche Reichsgerichtserkenntnisse, sowohl im eigentlichen Text wie in einem besonderen Beiheft; unter „Litteratur" sind zahlreiche Werke besprochen, meist freilich recht knapp, hie und da aber auch in ausführlicher Kritik, so Gierke's letzte Schrift über den Entwurf durch Küntzel.

Von hohem Werthe ist die ständig fortschreitende Berichterstattung über die Kommissionsbeschlüsse für den Entwurf, die jetzt das Buch II abgeschlossen hat -- solange uns die Protokolle selbst nicht zugänglich sind, ein geradezu unentbehrliches Material. Dazu kommen noch Mittheilungen über spätere Aenderungen aus Küntzel's Feder.

---

[52]) Geh. Just.R. Prof. Dr. Heinr. Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs. Bd. II. Obligationenrecht fünfte neu bearbeitete Auflage. Halle, Waisenhaus 1897. XIV u. 1054 S. Preis M. 15.

[53]) L.G.R. A. Engelmann, Das Preußische Privatrecht und das Privatrecht des Deutschen Reiches. In Anknüpfung an das Gemeine Recht systematisch dargestellt. Sechste vermehrte Auflage. Breslau, Koebner. XIII u. 611 S. Preis M. 8.

[54]) Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, herausg. von Rassow, Küntzel und Eccius. Berlin, Vahlen 1896. 888 S. und 304 S. Beilageheft. Preis M. 15.

Von den Aufsätzen sind auch diesmal manche recht minutiös und wissenschaftlich unergiebig; von den allgemeines Interesse besitzenden möchte ich folgende erwähnen: Zunächst befaßt sich Reuling mit den §§ 156 und 165, I, 5 des Allg. Ldr. und versucht das recht disputable Resultat zu verfechten, daß jener, der scheinbar eine Pflicht für den Empfänger begründet, ihm in Wahrheit mit Rücksicht auf die Nebenabrede ein sonst nicht zustehendes Recht gewährt, nämlich das auf Grund der Abrede Empfangene zu behalten, S. 3. — Cramer thut im Anschluß an Förster-Eccius dar, daß das Landrecht beim constitutum possessorium die Traditionswirkung nur „einem auf einem selbständigen wirthschaftlichen Zweck gerichteten Nebengeschäfte habe beilegen wollen, vermöge dessen die zu übergebende Sache aus einem besonderen Rechtsgrunde bei dem bisherigen Besitzer verbleibt", S. 39. Jäckel bekämpft mit guten Gründen die Ansicht des R.G., daß der Bauunternehmer, dessen unfertiges Gebäude von einer Fluchtlinienfestsetzung betroffen wird, bei Niederlegung des Gebäudes nur für den Baugrund, nicht auch für Material und Arbeit entschädigt werde, S. 71. — Reichardt verficht unter selbständiger Beweisführung die Lehre von Eccius, wonach § 236 C.P.O. der demungeachtet geschehenden Cession materielle Bedeutung auch für den Prozeß lasse und nur bedeute, daß Kläger formell Prozeßpartei bleibt, während er materiell Vertreter des Cessionars geworden sei. — Nach eingehender Untersuchung der modernen Fälle fiduciarischer Geschäfte lehrt Dreyer, daß sie „ernsthaft gewollte Geschäfte seien, vermöge deren jemand im eigenen Namen, als Berechtigter nach außen auftritt", jedoch unter Beifügung eines beschränkenden Nebenvertrages. Sie sind also, darin stimmt Vfr. einer von ihm freundlich citirten früheren Bemerkung des Referenten bei, der altrömischen fiducia nicht wesensgleich. — Ueber Reuling's „Grundstücksvermittler" wurde schon oben berichtet. — Köhne publizirt den von ihm im Sommer 1896 vor der Berliner Juristischen Gesellschaft gehaltenen Vortrag über „elterliche Gewalt und Vormundschaft im Entwurf". Nachdem dieser Gesetz geworden, hätte eine entsprechende Umänderung namentlich in den noch nach der Reichstagsvorlage citirten Paragraphenzahlen wohl nahe gelegen. — Munk's anregende Kritik des Entwurfs zum H.G.B. ist zwar inzwischen durch die Ereignisse vielfach überholt, bietet aber manche noch heute brauchbaren rechtspolitischen Erörterungen, s. z. B. S. 717 über Klagen des Kaufmanns unter seiner Firma. Auch dogmatisch kommen in Betracht die Sätze über Gewohnheitsrecht S. 708, denen ich allerdings im entscheidenden Punkte nicht zustimmen kann.

Stelling's Untersuchung[55]) hat zwar ein zunächst nur lokales Interesse, ist aber in ihrer sorgfältigen Ausführung rühmend hervorzuheben. Er schildert zunächst den derzeitigen Zustand der „freien Pürsch" und zieht dann die juristischen Ergebnisse. Es liegt darin nicht nur ein im römischen Sinne freies Okkupationsrecht, sondern ein wahres subjektives Recht, S. 100, 102, ein „Jagdausübungsrecht selbständigen deutschen Ursprungs, welches als ein höchst persönliches

[55]) Staatsanwalt H. Stelling, Das heutige Gewohnheitsrecht der freien Pürsch in der Provinz Hannover. Hannover, Hahn 1897. 124 S.

Vorrecht einem bestimmten Kreise von Personen gewohnheitsrechtlich zukommt", S. 104. Das Institut ist nach diesem seinem Charakter auch trotz des hannoverschen Jagdgesetzes von 1850 fortbestehend zu erachten, S. 96.

Das Oesterreichische Recht ist durch zwei werthvolle Arbeiten vertreten. Pollak[56]) legt den Schlußband seines bereits Bd. XII S. 295 angezeigten Konkursrechts vor, der die besonders wichtigen und schwierigen Materien der Aktiven und Anfechtungsansprüche, ferner die Konkursbeendigung und „die neuerliche Konkurseröffnung" behandelt. Uebersichtlichkeit in Anordnung und Darstellung, gefälliger Stil und volle Beherrschung der — auch reichsdeutschen — Litteratur und Judikatur machen das Werk auch für Leser außerhalb Oesterreichs werthvoll und lehrreich. Die schwierigen Grundprobleme mußten natürlich, dem Charakter eines Kompendiums entsprechend, mehr zurücktreten — aber vorüber geht Pollak an ihnen darum nicht, und was er z. B. über das Wesen des Zwangsvergleiches sagt, S. 397, 400, ist auf alle Fälle sehr beachtenswerth, wenn mir auch die Polemik gegen Vertragstheorie und Annahme einer communio der Gläubigerschaft nicht überzeugend erscheint.

Besonders beachtenswerth ist die, im Anschluß an Oetker vorgenommene, scharfe Sonderung der Soll- und Ist-Masse, S. 302, 305. Auch die Auffassung der Anfechtungsansprüche (S. 343) scheint mir beifallswürdig: Vfr. sieht darin nichts als „obligatorische Ansprüche auf Wiedergutmachung entstandenen Nachtheiles", also eine Art von Kondiktionen. Aehnliches gilt von den Bemerkungen über den Einfluß eines Separatabkommens auf den Akkord S. 407.

Mit einer schwierigen und mangels ausreichender gesetzlicher Regelung auch in der deutschen Judikatur außerordentlich bestrittenen Materie beschäftigt sich das Buch von Herrmann.[57]) Er zerlegt seinen Stoff in vier Gruppen: die Fälle der aktiven und die der passiven Stellvertretung durch den Agenten, die in Folge faktischer oder rechtlicher Vertretungshandlungen desselben sich ergebenden unbeabsichtigten Rechtswirkungen, endlich die Beeinflussung des Verhältnisses durch Wissens- und Willensmomente des Agenten, cf. S. 6, wozu als Nachtrag noch die Einwirkung „parteimäßiger Ausschließung bezw. Einschränkung" der Verantwortlichkeit hinzutritt.

In diesen Gruppen findet Verfasser sechs verschiedene „Erscheinungsformen" der Verantwortlichkeit der Gesellschaft S. 202, von denen merkwürdigerweise die rechtlich intensivsten und belangvollsten ersten drei — aktive und passive Vertretungswirkungen, sowie Umwandlung der Vertrags- in Ersatzpflicht, praktisch am wenigsten hervortreten, im strikten Gegensatz zu den drei letzten — Begründung der Bestreitbarkeit des Vertrages und Exkusation von Vertrags-

[56]) Pr.Doz. R. Pollak, Das Konkursrecht. Berlin, Carl Heymanns Verlag 1897. Bd. II zus. mit I: XIII und 469 S. Preis M. 10 geb.

[57]) Dr. Carl Herrmann, Pr.Dozent a. d. böhmischen Universität Prag, Die rechtliche Verantwortlichkeit des Versicherers für seine Agenten nach österreichischem Rechte. Berlin, Carl Heymanns Verlag 1897. VIII u. 223 S. Preis M. 5.

verletzungen zu Gunsten des Versicherten; Ausschließung der Vertragsanfechtung des Versicherers trotz Irrthum S. 217.

Die Resultate des Vfrs. ließen sich bei der Lückenhaftigkeit positivrechtlichen Materials nicht immer sicher stellen; da sie ferner stark differenzirt sind und auf die Besonderheiten des Thatbestandes abstellen, ist es nicht thunlich, sie hier im Einzelnen vorzuführen. Hinweisen will ich indeß auf die Unterscheidung zweier Vertretergruppen, der eigentlichen Repräsentanten und der gewöhnlichen Agenten, S. 217, von denen auch die zweite in gewissem Umfange rechtsgeschäftliche Aufgaben zu erledigen hat, S. 213 — dies nur in viel geringerem Umfange als die erste und so, daß sie nicht ohne weiteres zu den der Gruppe 1 zugewiesenen Akten befugt ist. Wohl aber ist z. B. der die Police detinirende Agent sowohl zum Formalakte der Policenbegebung wie zur Entgegennahme der ersten Prämie, wenn dadurch die Police eingelöst wird, für legitimirt zu erachten, S. 31, s. auch überhaupt S. 205 und hinsichtlich der jenem in weitem Maße zustehenden passiven Stellvertretungsbefugniß S. 207.

Vfr. nimmt ferner an, daß der Anzeigepflicht des Versicherten genügt werden könne durch Mittheilung an den Agenten, S. 80, 83. Ferner soll unter Umständen der durch die Hülfspersonen des Versicheres veranlaßte Irrthum des Gegners als von jenem selbst in einer ihn verantwortlich machenden Weise verursacht anzusehen sein, S. 100 ff., 104, 113. Wichtig ist auch die Untersuchung S. 133—145, ob und inwieweit der Versicherungsnehmer aufkommen müsse für unrichtige Anzeigen des Agenten.

In der Grundtendenz des Buches, das die Annahme einer bloßen, zwischen den Parteien gleich unabhängig stehenden Mäklerrolle des Agenten bekämpft, stimme ich dem Vfr. vollauf bei (s. S. 68); er vermeidet dadurch einen Theil der für den Versicherungsnehmer höchst anstößigen Resultate der gegnerischen Lehre. Aber nicht etwa alle, und so giebt das wohlgelungene Buch erneutes Zeugniß ab für die Nothwendigkeit, eine das Publikum gegen kapitalistische Ausbeutung ausreichend schützende Versicherungsgesetzgebung schleunigst in's Werk zu setzen. Der bisherige ungewisse Zustand ist schlechterdings nicht mehr erträglich.

V. Oeffentliches Recht. — Varia.

Daubenspeck's berühmt gewordene Anleitung[55]) liegt schon wieder in neuer Auflage vor — über die vorige s. Bd. X S. 342 —, die im wesentlichen nur ein, natürlich die inzwischen hinzugekommene Theorie und Praxis berücksichtigender, Abdruck der fünften ist. Der Umfang ist, namentlich durch Mittheilung instruktiver Beispiele, um weitere 29 Seiten gewachsen. Ein weiteres empfehlendes Wort über ein derartiges Buch abzugeben, ist heute überflüssig — sein großer Erfolg ist die beste Empfehlung!

---

[55]) R.G.R. H. Daubenspeck, Referat, Votum und Urtheil. Eine Anleitung für praktische Juristen im Vorbereitungsdienst. Sechste, auf's Neue durchgesehene Auflage. Berlin, Vahlen 1897. X u. 269 S. Preis M. 5.

Aehnliches gilt von der jedem Preußischen Referendar wohlbekannten und von ihm mit Eifer benutzten anonymen Schrift „über Proberelationen.“[59]) Die neue Auflage, über deren Vorgängerin Bd. VII S. 383 ausführlich referirt wurde, enthält als neu u. a. einen beachtenswerthen Zusatz über die Anfertigung des Thatbestandes; von aktuellem Werth sind die in der Anlage enthaltenen amtlichen Berichte und Verfügungen. Im Ganzen bietet die Schrift, in ihrer jetzigen Gestalt auch über den Kreis der unmittelbaren „Interessenten“ hinaus, manche prozeßrechtlich bedeutsamere Bemerkung.

Nur des kurzen Hinweises bedarf auch der neue Jahrgang des Pfafferoth'schen Jahrbuches[60]) der sich in Anlage und Umfang durchaus an seine letzten beiden Vorgänger (XI, 211) anschließt.

Eine Ehrenrettung des Preußischen Richterthums gegenüber den in der Presse der verschiedensten Parteien neuestens so oft hervortretenden Nörgeleien unternimmt die mit Wärme und Sachkenntniß geschriebene kleine Studie von Viezens, die die maßlos übertreibenden Vorwürfe in überzeugender Weise auf ihr, sehr bescheidenes, richtiges Maß zurückführt. Natürlich sieht auch Viezens[61]) nicht überall eitel Licht; aber von den, vielleicht nicht mit Unrecht den Tadel herausfordernden, Vorkommnissen sind durchaus nicht alle auf Preußische Richter zurückzuführen, die namentlich für gewisse vielbeklagte strafrechtliche Entscheidungen des Reichsgerichts die Verantwortung durchaus ablehnen können. Vielfach sei auch das vom Richter doch zu befolgende positive Recht an der Unbilligkeit der gerügten Urtheile schuld, zum Theil auch, was ich zurückweisen muß, die Methode des heutigen Rechtsunterrichts, aus dem der vom Vfr. wenig geschmackvoll so bezeichnete „abgenagte Knochen des Pandektenrechts“ baldigst entfernt werden müsse.

Eine gründliche und gutschriebene Studie von Anschütz[62]) untersucht, ob und inwieweit den durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt Benachtheiligten ein Ersatzanspruch zustehe, und zwar im ersten Theil nach allgemeinen Prinzipien, im zweiten nach Gemeinem und im dritten nach Preußischem Recht.

Anschütz verneint die Frage zunächst im allgemeinen; die vorgebrachten Gegengründe sind nur ethischer Natur, nicht von rechtlicher Relevanz, S. 14. Aber auch für das G.R. läßt sich ein derartiger Anspruch nur in Ausnahmefällen aus der communis opinio erweisen, so bei der Expropriation, S. 54, 64. Die gegentheilige Ansicht des Reichsgerichts wird verworfen, S. 57. Weiter geht

[59]) Ueber Proberelationen. Eine Mittheilung aus der Justizprüfungskommission. Aufl. 3. Berlin, Vahlen 1897. 104 S. Preis M. 1,80.

[60]) Pfafferoth, Jahrbuch der deutschen Gerichtsverfassung. Jahrg. 6. Berlin, Carl Heymanns Verlag 1897. 307 S. Preis geb. M. 5.

[61]) L.R. Dr. Viezens, Die Taugenichtse. Eine Betrachtung über Preußische Richter. Ebenda 1897. 68 S. Preis M. 1.

[62]) Privatdozent, Reg.Ass. Dr. Gerhard Anschütz, Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt. Ebenda 1897. 136 S. Preis M. 3.

freilich das Landrecht; aber einmal statuirt es Ersatzansprüche nur bei Verletzung wahrer Rechte, nicht bloßer Interessen, und dann ist für den Grundbesitz insbesondere ein wesentlich einschränkendes Prinzip anerkannt in §§ 1/2 A. L.R. I, 22 (S. 118). Auch im Uebrigen soll das Recht auf Entschädigung wieder modifizirt worden sein durch die, von der Verfassung nicht in ihrer Geltung beseitigte, Kabinetsordre von 1831, S. 78, 82.

Daneben fallen noch interessante Spezialuntersuchungen ab: so über das, vom Vfr. geleugnete, Privatrecht an öffentlichen Wegen, S. 107. Nicht einmal, was für die bestrittene Frage nach ihrem Entschädigungsrecht bei Verlegung des Weges nach Preußischem Recht entscheidend ist, den Anliegern gesteht Anschütz solches zu.

Ich glaube, daß rein positivrechtlich den scharfsinnigen Ausführungen des Vfrs. nicht viel Widerspruch entgegengesetzt werden kann. Unterschätzt scheint mir nur der Einfluß des Verfassungsartikels 9. Er statuirt doch die Entschädigungspflicht schlechthin, nicht nur „nach Maßgabe des Gesetzes" — dieser beschränkende Zusatz bezieht sich nach Sinn und Satzbau auf die Voraussetzungen der Entziehung, während die Entschädigung, wenn jene zulässig, als selbstverständliche Folge schlechthin proklamirt wird. Damit ist jene ältere Kabinetsordre gefallen.

Weiterhin ist die Arbeit nur positiv gehalten, was mir einseitig erscheint, da eine solche Fundamentalfrage nicht von ethischen Grundlagen losgelöst behandelt werden darf, zum mindesten nicht vom allgemein rechtlichen Standpunkte aus. Es ist doch auch zu berücksichtigen, daß Vfr. zwar Recht hat, einen allgemeinen Ersatzanspruch nicht als erwiesen anzusehen, aber daraus mit nichten den positiven Schluß (S. 67) zu ziehen befugt ist, daß das Gegentheil Rechtens sei. Die S. 57 und sonst citirten Schriftsteller leugnen doch auch nur die Nothwendigkeit, nicht die ethische Angemessenheit der Entschädigung, und wenn die meisten Einzelgesetze, nicht minder so oft die Litteratur und Judikatur wieder und wieder auf eine solche zurückkommen, so ist das mindestens ein erhebliches Beweismoment für das Bestehen eines solchen, jedenfalls allgemein rechtlich zu postulirenden Ersatzanspruches. Das event. einsetzende Gewohnheitsrecht ist mit nichten nur präsumtiver Staatswille, wie Vfr. behauptet, S. 15. Und wenn ich ihm selbst Recht gebe, daß eine allgemeine gesetzliche Aufhebung erworbener Rechte unter Umständen ohne Entschädigung geschehen muß oder doch darf, wie das z. B. Lassalle in seinem „System der erworbenen Rechte" glänzend dargelegt hat, so steht es doch selbst nach der Lehre des großen Sozialisten anders bei individuellen Verfügungsakten der Staatsgewalt. Wenn Vfr. selbst de lege ferenda die gegentheilige Präsumtion aufgestellt wissen will, so vermag ich dem durchaus nicht zu folgen.

Das Oesterreichische Civilprozeßrecht ist durch drei Arbeiten vertreten. Die umfassendste und bedeutsamste legt uns Walker[63]) vor; seine interessante

[63]) Dr. Gustav Walker, Streitfragen aus dem internationalen Civilprozeßrechte. Unter besonderer Berücksichtigung der neuen österreichischen Civilprozeßgesetze. Wien, Manz 1897. XII u. 232 S. Preis M. 3,20.

und fleißige Untersuchung über eine trotz ihrer Wichtigkeit nicht nach Gebühr beachtete Materie weist besonders eine rühmenswerthe Stoff- und Litteraturbeherrschung auf, während die eigene Ansicht bisweilen hinter der referirten fremden leider zu stark zurücktritt. Zu Grunde gelegt wird fast überall das neue Oesterreichische Recht, und sein Verhältniß zum bisherigen, sowie zu den deutschen und ausländischen Gesetzgebungen, klargestellt. Ein strenges System befolgt Walker nicht; er giebt vielmehr eine Reihe von theils fester, theils lockerer zusammenhängenden Einzeluntersuchungen, sechzehn an der Zahl, die nach dem Vorwort „einen bescheidenen Beitrag zu einem System des internationalen Civilprozeßrechts bilden sollen".

Die sehr billigenswerthe Grundidee des Vfrs. ist, daß, während die privatrechtlichen Normen aller Staaten grundsätzlich gleichwerthig dastehen, nicht die comitas gentium, sondern die internationale Rechtsgemeinschaft den Grund für die Anwendung fremden Rechtes bildet, im internationalen Prozeßrechte die Souveränität, der öffentlichrechtliche Charakter der fr. Normen bestimmend hervortritt, S. 17.

Von den zahlreichen Einzelerörterungen will ich nur als besonders interessant hervorheben die über die Voraussetzungen des Wegfalls der Ausländerkaution, S. 75, ferner über die Grenzen der exceptio litis pendentis und rei iudicatae aus ausländischem Urtheil, S. 156/8, 164.

In der Litteraturübersicht, die sonst recht vollständig zu sein scheint, fehlt das seit 1895 erscheinende Jahrbuch der internationalen Vereinigung für vergl. Rechtswissenschaft zu Berlin.

Wehli's Erörterung über die Beweislast[64]) enthält trotz ihrer Kürze manche Bemerkung von allgemeinerem Interesse, so über die Beweislast beim Kauf auf Probe, S. 20, wobei Verkäufer die Probemäßigkeit darthun muß, beim bedingten Rechtsgeschäft, S. 24 ff. und bei der Negatorienklage. Aus dem Gegensatz der beiden Bedingungsarten will Vfr. in eigenartiger Argumentation sogar das ganze Prinzip der Beweislastvertheilung entwickeln: es beruhe dies im Grunde nur auf der Ausdehnung des Unterschiedes von Suspensiv- und Resolutivbedingung auf die conditiones iuris, S. 24.

Wien[65]) wünscht prinzipiell den im § 16 der österreichischen Advokatenordnung anerkannten Grundsatz festgehalten, daß der Advokat sich jederzeit eine feste Entlohnung ausbedingen kann; nur subsidiär und für die Erstattungspflicht des unterlegenen Gegners maßgebend, sei ein Tarif einzuführen, S. 13. Hierbei redet Vfr. einem nach dem Prozeßgegenstand unbeschränkt und selbst progressiv fortschreitenden Bauschsystem mit Minimal- und Maximalsätzen das Wort, S. 18, unter Verwerfung des Einzelgebührsystems.

---

[64]) Advokat Dr. Albert Wehli, Die Beweislast im neuen Civilprozesse. (S.-Abd. aus den Jur. Blättern). Wien, Selbstverlag 1896. 31 S.

[65]) Dr. Franz Wien, Civilprozeßreform und Advokatenstand. Prag, Dominicus 1897. 31 S.

Zu den allgemeinen, auch für den Civilisten fast gleich wichtigen Problemen des Strafrechts bildet das Buch Gretener's[66]) über die Zurechnungsfähigkeit einen Beitrag, der von großer Belesenheit und maßvollem Urtheil des Vfrs. Zeugniß ablegt und einen hochinteressanten Einblick in die uns sonst fast unbekannte moderne russische kriminalistische Litteratur gewährt. Gretener giebt an der Hand des neuen Schweizerischen und Russischen Strafgesetzentwurfes, von denen er den bekanntlich durch Stooß bearbeiteten vielgerühmten ersten vielfach stark befehdet, eine rechtsvergleichende und kritische Darstellung der Materie der Zurechnungsfähigkeit, und behandelt dabei zunächst und besonders ausgiebig die Fragen der Geisteskrankheit, dann die Zurechnungsfähigkeit der jugendlichen Personen und endlich die sog. verminderte Zurechnungsfähigkeit. — Die Lehren der modernen „soziologischen" und „positiven" Schulen, der extreme Determinismus, wie ihn noch neuestens Träger vertreten hatte, werden in vielfach glücklicher und überzeugender Weise bekämpft. Auch sonst finden sich feinsinnige Bemerkungen, so S. 69, 131, 135. Treffend scheint mir namentlich gegenüber gewissen Uebergriffen moderner Psychiater der Satz, daß es sich bei den betreffenden Feststellungen in letzter Linie nicht um medizinische, sondern um juristische Fragen handele. Nicht allen Behauptungen des Vfrs. vermag ich andererseits zu folgen, so scheint die Polemik gegen den bekannten Russen Foinitzky S. 154ff. im Ganzen wenig überzeugend.

Den nicht unrühmlichen Abschluß der Rundschau mag ein wegen seines mannigfachen Inhalts nicht gut eher unterzubringendes Sammelwerk bilden — die Festgabe der Heidelberger Juristenfakultät zum Jubiläum ihres Landesherrn.[67]) An ihr haben sich die sämmtlichen damaligen Ordinarien — Bekker, Karlowa, Schröder, Meyer, Buhl und Jellinek, sowie der inzwischen schon heimgegangene Heinze — mit Beiträgen aus ihren Spezialgebieten betheiligt und damit in einem Werke schönster Pietät gegen einen vielgeliebten Fürsten zugleich eine würdige Probe ihres wissenschaftlichen Könnens dargeboten. Den reichen Inhalt der verschiedenen Abhandlungen im Einzelnen zu verfolgen, muß ich mir versagen; nur das Eine und Andere sei hervorgehoben.

Bekker thut dar, daß der alte Satz „Recht muß doch Recht bleiben" nicht wohl dem steter Veränderung unterworfenen objektiven Recht, dessen Wandelbarkeit er an den zwei Beispielen des alten Rom und des 19. Jahrhunderts in glänzender Skizze darthut, gelten kann. Aber auch wenn man darunter das subjektive Recht des Individuums versteht, ist er, im Sinne

---

[66]) Prof. Dr. X. Gretener, die Zurechnungsfähigkeit als Gesetzgebungsfrage. Mit besonderer Rücksicht auf den Schweizerischen und Russischen Strafgesetzentwurf. Berlin, Puttkammer u. Mühlbrecht 1897. 212 S. Preis M. 4.

[67]) Festgabe zur Feier des siebzigsten Geburtstages Seiner Königlichen Hoheit des Großherzogs Friedrich von Baden, dargebracht von den Mitgliedern der juristischen Fakultät der Universität Heidelberg. Heidelberg, Köster 1896. 369 S. Preis M. 7.

einer absoluten Unverletzbarkeit desselben verstanden, nicht ganz zutreffend. Wir müssen uns also mit der Wahrheit des Satzes bescheiden, daß irgend welches, wenn schon sich inhaltlich wandelndes, Recht bleiben wird, so lange es Staaten auf der Erde und Glauben an die Moral giebt. Eingestreut sind vorzügliche Einzelbemerkungen des neuerdings von seinem früheren Positivismus immer mehr zurückkommenden Autors: so die über den „größten Fehler", den die moderne Politik und Volkswirthschaft in der Verkennung des moralischen Urquells aller Macht begeht, S. 30; über das Volksgefühl als „wahren Urquell der Entwickelung alles positiven Rechts", S. 39.

Aus Karlowa's rechtshistorischem Aufsatz: intra pomoerium und extra pom., sei nur hervorgehoben der interessante Nachweis, daß und warum die That des Horatius doch, der alten Ueberlieferung entsprechend, ein perduellio und nicht ein parricidium dargestellt habe, S. 65.

Schröder bringt ansprechende Untersuchungen über das Miteigenthum zu bestimmtem Werthquantum und das Stockwerkseigenthum, in dem er treffend ein untheilbares Miteigenthum am ganzen Hause, aber mit dauernder Abtheilung hinsichtlich der Gebrauchs- und Nutzungsrechte, erblickt, S. 131.

Meyer verdient sich durch seine auf Studium des amtlichen Aktenmaterials beruhende Darstellung des großen und rühmlichen Antheils Badens beim Vorbereiten und Vollenden der Reichsbegründung Anspruch auf den Dank der Staatsrechtler und fast noch mehr der Historiker.

Buhl kommt nach Untersuchung des Römischen, Deutschen und Reichsrechtes zu dem Resultat, daß die neuen Sätze über die Mobiliarvindikation viel weniger dem, durch die römischen Vorschriften besser gewahrten Prinzip der bona fides entsprechen, als vielmehr den „wirklichen oder vermeintlichen Verkehrsbedürfnissen" einseitig Rechnung tragen, S. 258.

Mit den „Staatsfragmenten" — „die weder völlig Staaten, noch völlig Staatsabtheilungen oder dem Staate unterworfene Kommunalverbände sind" (S. 265) und von denen er eine Reihe instruktiver Beispiele mitzutheilen weiß (S. 283, 288 (Finland) 299) führt Jellinek einen neuen, vielleicht recht zukunftsreichen, Begriff in die Wissenschaft ein. Als gemeinsamen Ausdruck für alle derartigen Gebilde schlägt er das Wort „Land" im Gegensatz zum „Staat" vor, S. 300.

Heinze's Untersuchung über die territorialen Grenzen der Strafrechtspflege unterscheidet die „jeden civilisirten Menschen als solchen bindenden" universellen Normen, (S. 341), deren Uebertretung auch folgerecht zu einer universellen Strafrechtspflege führt (S. 346), von den blos partikulären, eine Unterscheidung, der m. E. wenn auch nicht positiv-rechtlich, S. 354, so doch ethisch und rechtspolitisch Bedeutung und Fruchtbarkeit zuzugestehen ist.

5.

Zwölf Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Von J. Kohler.

III. Der Gläubigerverzug.

1. Grundprinzipien.

§ 1.

In meiner Abhandlung über Annahme und Annahmeverzug (Jahrb. f. Dogmat. XVII S. 262 f.)[1]) habe ich den Kreis der Erscheinungen, welche man unter Annahme- oder Gläubigerverzug zusammenfaßte, wesentlich erweitert. Ich zeigte, daß Annahmeverzug überall vorliegt, wo der Gläubiger dasjenige nicht thut, was nach dem Sinn der Verpflichtung von ihm erwartet wird, um die Erfüllung des Schuldners zu ermöglichen. Ich führte ferner aus, daß nach unserer Lebensanschauung davon keine Rede sein könne, daß der Gläubiger als Gläubiger zu dieser Annahme verpflichtet sei, sondern daß es nur das gute Recht des Gläubigers sei, diese Hülfe zu leisten, sofern er Erfüllung wolle; daß aber das Recht dem Schuldner Mittel an die Hand geben müsse, um sich in solchem Fall auch ohne Mitwirkung des Gläubigers zu befreien, und daß auch, solange der Schuldner noch nicht in die Lage gekommen ist, diese Mittel zu effektuiren, ihm die Rechtsordnung behülflich sein müsse, damit er durch das Verhalten des Gläubigers nicht zu Schaden komme.

Auf Grund dessen baute ich die Lehre vom Annahmeverzug neu auf und zeigte zugleich, wie auch in anderen als den römischen Rechtsquellen, wie namentlich auch in den deutschen Weisthümern ein bis dahin noch fast unbenutztes Material zur Gestaltung der wichtigen Lehre gegeben sei.

[1]) Vergl. auch noch Moderne Rechtsfragen bei islamitischen Juristen S. 12 f.

Meine dortige Aufstellung hat manche Anfechtung erfahren. Der Punkt, in welchem sie kulminirt, ist der, daß es zum Annahmeverzug einer Verschuldung des Gläubigers nicht bedarf, während die frühere Ansicht, welche den Annahmeverzug parallel mit dem Leistungsverzug behandelte und ihn wie diesen auf Pflichtverletzung basirte, naturgemäß zu einem (in verschiedenen Gesetzbüchern angenommenen) entgegengesetzten Resultate führen mußte.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat, und wie ich glaube wesentlich auf meine Anregung hin, sich der Lehre angeschlossen, daß ein Verschulden des Gläubigers nicht erforderlich ist, und so lautet der berühmte § 293:

„Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt.“[2])

Ich kann also vom Standpunkte eines gesetzgeberischen Sieges aussprechen; die Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuches ist um so bedeutsamer, als sie nicht nur mit der Fassung der meisten bisherigen Gesetzgebungen im Widerspruch steht, sondern auch mit der Annahme der Mehrzahl der deutschen Praktiker; ein Umstand, der auch in der Kritik des Entwurfs zur Geltung kam, glücklicher Weise ohne die Bestimmung zu gefährden.

Dieser legislative Sieg kann mich, wie so mancher andere, in der Ueberzeugung bestärken, daß ich auf der richtigen Bahn war, wenn auch von theoretischer Seite manches gegen mich eingewendet wurde und auch die Praxis mir nicht immer beipflichtete; wer die Zukunft der Gesetzgebung für sich hat, hat die Garantie des richtigen Weges, und es ist hier einer der Fälle gegeben, wo meine Postulate an die Jurisprudenz nicht von der Jurisprudenz, aber doch von der Gesetzgebung erfüllt worden sind; ich erinnere nur an die Lehre von der illoyalen Konkurrenz und von der Ehemaklergebühr.

Ich könnte mich daher einer Kritik der gegen meine Aufstellung erhobenen Bedenken entschlagen, wenn es nicht sachgemäß wäre, auch unter dem Bürgerlichen Gesetzbuch sich stets die legislativen Fragen vor Augen zu halten.

---

[2]) Damit ist das Prinzip deutlicher ausgesprochen, als im Schweizer Obligat.R. a. 106: „Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die Annahme der gehörig angebotenen Leistung ..... ungerechtfertigter Weise verweigert“. In die „ungerechtfertigte Weise“ kann sich sehr leicht die Culpatheorie einschleichen.

Man hat gegen meine Aufstellung verschiedenes geltend gemacht, 1. vom Standpunkte der römischen Quellen; diese Einwendungen sind kurz zu behandeln. Das fr. 37 mandati ist in dieser Frage völlig beweislos; es sagt, daß bei Stipulationen die Sache nach dem Werth zur Zeit der Klagerhebung zu schätzen sei; es müßte sein, daß Zahlungsverzug oder Annahmeverzug vorliege, etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet. Auf diesen Parallelismus bezieht sich Dernburg, Pandekten II S. 120; denn wenn frustratio beim Schuldner schuldhafte Verzögerung bedeute, so könne es beim Gläubiger nicht wohl einen anderen Sinn haben. Nun ist es aber schon an sich mißlich, aus solchen hingeworfenen Motivirungen römischer Juristen zu argumentiren. In der That heißt es aber bei Afrikanus nur, daß im Falle des einen oder anderen Verzugs die Berechnung eine andere sei, denn keinem dürfe sein Verzug zum Vortheil gereichen; frustratio ist eben Verzug, frustratio ist dasselbe, wie mora, wie das „quominus solveret aut acciperet“; welche Voraussetzungen diese mora hat, brauchte der Jurist nicht zu sagen und wollte er nicht sagen. Es ist ebenso, wie wenn die mittelalterliche Jurisprudenz erklärte: Mora sua cuilibet est nociva. Ebenso hätte man argumentiren können, daß zu einer frustratio Mahnung gehöre, mithin wäre diese auch bei der anderen nöthig.

Noch weniger ist das Argument aus fr. 72 pr. de solut. stichhaltig; denn es ist unrichtig, wenn Dernburg a. a. O. annimmt, eine Weigerung, bei der der Gläubiger keine Schuld trage, sei eine gehörig begründete, mithin nicht sine justa causa — nein, vieles ist unbegründet und doch unverschuldet; dann wäre es auch begründet, wenn mich der Richter nach eingehender Erörterung der Sache mit der Klage abwiese, obschon ich das beste Recht habe; und doch ist die Abweisung bei voller Schuldlosigkeit des Richters eine unbegründete. Daß das sine justa causa im Sinne der objektiven Unbegründetheit eine sehr gute Bedeutung hat, ja grundlegend ist für den Annahmeverzug, bedarf keiner Ausführung.

2. Vom Standpunkte der Betrachtung des Lebens hat man verschiedenes eingewendet. Ich will aber sofort bemerken, daß niemand es vermocht hat, von der entgegengesetzten Auffassung aus sämmtliche Erscheinungen des Annahmeverzugs zu umfassen und zu beherrschen; stets pflegt man aus dem ungeheuren Gebiete der Annahmelehre einige

Fälle allein vorzukehren und auf sie hin zu argumentiren. Das ist aber m. E. ein Rückschritt; denn ich betrachte es als eine Haupterrungenschaft meiner Arbeit, zuerst die verschiedenen Arten des Annahmeverzugs zu einer großen Einheit verbunden und in eine Beleuchtung gestellt zu haben.

Ist das geschehen, so ist damit dem praktischen Recht das Ziel gewiesen; nicht als ob stets ein solches einheitliches Institut auch gleichmäßig behandelt werden müßte; wohl aber insofern, als eine unterschiedliche Behandlungsweise nunmehr ihrer besonderen Gründe bedarf; diese muß man aber bringen, um die Abweichung zu motiviren.

Niemand hat die Behauptung aufgestellt, der Vermiether könne nur dann seinen Miethzins begehren, wenn der Miether schuldhaft nicht in die Wohnung einzieht, der Arbeiter nur dann seinen Lohn verlangen, wenn der Arbeitsherr schuldhaft die Leistung nicht annimmt. Wenn allerdings Hirsch[3]) entgegenhält, im Fall der Miethe liege gar kein Annahmeverzug vor, denn die Leistung des Vermiethers sei mit der Bereitstellung der Wohnung perfekt, die Annahme der Wohnung in der Art, daß der Miether einziehe, gehöre also nicht mehr zur Perfektion der Miethleistung, so ist dies ein offenbarer juristischer Irrthum. Allerdings hat mit der Bereitstellung der Vermiether gethan, was von ihm aus zu thun war, ebenso wie der Verkäufer mit der Paratstellung der Waare seine Schuldigkeit gethan hat. Daß aber in beiden Fällen die wirthschaftliche Leistung vollzogen wäre, dies anzunehmen wäre völlig verkehrt; ebensogut könnte man glauben, die Vorlesung wäre damit perfekt, daß ein Dozent in den leeren Hörsaal einträte oder vor leeren Bänken spräche.

Und mit Hirsch käme man auch zu folgender Konsequenz: hat der Vermiether zunächst die Wohnung nicht bereitgestellt und den Miether unverrichteter Sache abziehen lassen, so würde eine künftige Bereitstellung genügen, um nunmehr die Pflicht des Miethsherrn zu erfüllen: die Nichterfüllung hätte sich dann nur die erste Zeit hingespielt und wäre zur Erfüllung geworden. Das ist aber nicht der Fall. Wenn der Miether heute nicht angenommen wird und der Vermiether den anderen Tag zur Leistung bereit ist, so muß er sich dem Miether gegenüber nun ausdrücklich bereit erklären, es genügt nicht, daß er nunmehr die Wohnung zum

[3]) Hirsch, Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge S. 131.

Empfang paratstellt und den Pförtner dazu instruirt; zum deutlichen Beleg, daß dieses Paratstellen eine juristische Bedeutung nur hat mit Rücksicht auf die Empfangnahme des Miethers; und wenn man daher dem Empfang des Miethers heute entgegengetreten ist, so ist die Bereitstellung morgen nur dann von juristischer Bedeutung, wenn sie eine Paratstellung für die nunmehrige Empfangnahme ist, d. h. wenn man nicht nur paratgestellt, sondern dies nunmehr auch dem Miether kundgethan und ihm nunmehr eine mehr oder minder liebenswürdige Aufnahme zugesichert hat. Nicht das Paratstellen an sich, sondern das Paratstellen als Anfangsakt für den Einzug des Miethers kommt juristisch in Betracht.

Hirsch denkt sich hierbei einen Fall, wie beim Vorkaufsrecht. Wer Jemandem ein Vorkaufsrecht gewährt, hat seiner Verbindlichkeit ihm gegenüber entsprochen, wenn er ihm die Sache zum Vorkauf angeboten hat, wie in fr. 122 § 3 de verb. obligat.: dann ist er, wenn er anderweitig veräußert, salvirt.

Allein so ist die Lage des Vermiethers nicht; er hat nicht dem Miether das Wohnen zu gestatten, falls er wohnen will, er hat ihm die Wohnung zu leisten, und es ist als das durchaus normale anzusehen, daß dieser die Wohnung annimmt und daß hiermit die Sache ihre Abwicklung findet. Ein Vertrag, wie er der Hirsch'schen Ansicht entspräche, wäre, wenn ich mir von Jemandem gegen eine Summe zusichern ließe, mir ein Zimmer bereit zu halten, damit ich es, wenn ich an den Ort komme, beziehen kann. Hier ist die Sache ganz anders gedacht, als beim normalen Miethsverhältniß; die wenigsten Miether können sich den Wohnungsluxus eines solches Vertrags gestatten. Das Analogon bei der Sachleistung wäre, wenn der Verkäufer nicht verpflichtet wäre, mir seine Lebensmittel zu liefern, sondern nur, sie in seinem Laden bereit zu halten, damit ich, wenn ich will und Hunger verspüre, eintreten und mir davon nehmen kann: hier bin ich, wenn mir der Hunger ausbleibt, natürlich nicht im Annahmeverzug, und ebensowenig im vorigen Fall, wenn ich nicht in die Stadt komme und von der Miethsache keinen Gebrauch mache. Allein hier ist auch nicht die Leistung der Eßwaaren und der Miethsache der Inhalt des Vertrags, der Inhalt des Vertrags ist das Bereithalten, um zu nehmen, wenn ich für gut finde.[4])

[4]) Diese Art des Verhältnisses hat Verwandtschaft mit den si volet-Obli-

Sodann hat Niemand im ganzen Bereich der obligationes faciendi eine Schuld des zögernden Gläubigers zu postuliren versucht; und wenn ich mich vor einer Zahnoperation fürchte[5]) oder wenn ich den Hauslehrer fortschicke, falls ich die sichere Meinung hege, daß er erst auf morgen bestellt sei, so bin ich ebenso sicher im Annahmeverzug, als wenn ich dies frivol thäte, und es wäre gewiß eine seltsame Behandlungsweise, wenn der Arzt oder Hauslehrer nun mit leeren Händen abziehen müßten. Schließlich darf ich mir auch noch das Billet zurückzahlen lassen, wenn ich wegen Unwohlsein nicht ins Theater kann, und der Abonnent, der in der festen Ueberzeugung schwänzt, bei einem Redner nichts lernen zu können, dürfte sich das Honorar wieder herausgeben lassen — denn schließlich wäre er nicht im Empfang säumig, er wäre sine culpa, und mithin gälte die Leistung nicht als ihm gemacht.

Man findet also nur bei Sachleistungen eine Verschuldung nöthig, da nur hier eine Annahmepflicht anzunehmen sei; so Dernburg, Preuß. Privatrecht § 73 Note 2. Dernburg beruft sich für diesen Unterschied auf die Absicht der Kontrahenten. Allein ein Unterschied in der Absicht der Kontrahenten ist nicht zu konstatiren; der Dozent, der einen Zuhörer annimmt, wird nicht nur die Vertragsabsicht haben, daß er die Vorlesung halte, sondern auch, daß der Hörer komme und seinem Wort folgen soll, und wer einen Transportvertrag abschließt, will gewiß nicht weniger, als wer eine Sache verkauft, daß die Affaire schließlich zum richtigen Ende gelange; und wer gar als Theaterdirektor angestellt wird, nimmt gewiß als normales Ergebniß an, nicht nur, daß er seine Zahlung bekommt, sondern daß er auch für das Theater wirken kann. Eine solche Ausscheidung nach der Intention der Parteien läßt sich nicht machen; selbst beim Zahnziehen und ähnlichen bösen Dingen geht der Operateur davon aus, daß die Leistung angenommen wird.

Es ergiebt sich aber gegen die Dernburg'sche Auffassung noch ein zweites und viel wichtigeres Moment. Wenn nämlich bei solchen Dienstleistungen keine Pflicht der Annahme besteht und darum auch

gationen, von denen unten S. 174 die Rede sein wird. Der Unterschied ist nur der, daß hier eine sofortige Bereitstellung bedungen wird.

[5]) Wie die Islamiten hier strauchelten und sich schwere Sorge machten, ob oder warum es mir gestattet sei, nach der Ausbedingung der Zahnoperation vom Zahnreißen abzustehen, darüber vergl. Moderne Rechtsfragen bei islamit. Juristen S. 13.

kein Verschulden möglich ist, und wenn andererseits, wie Dernburg annimmt, der Annahmeverzug auf culpa beruht, so müßte bei solchen Dienstleistungen der Annahmeverzug ganz in der Luft hängen; noch mehr, es gäbe gar keinen, und mithin müßte der Arzt und Hauslehrer mit leerer Hand wieder abziehen.

Man müßte denn zweierlei Arten von Annahmeverzug statuiren, einen für Sachleistungen mit culpa und einen für Dienstleistungen ohne culpa; dann müßte man aber letzteren in anderer Weise begründen, etwa in der von mir gegebenen Weise; dann aber wäre wieder die Frage, warum man die nämliche Betrachtungsweise nicht auf die Sachleistung anwendet und damit den Schuldner in einer so ungünstigen Lage läßt. Wenn also beispielsweise der Handwerker kommt, um mir eine Dienstleistung zu machen und ich ihn in entschuldbarem Irrthum fortschicke, so liegt Annahmeverzug vor, und ich muß darum haften, wenn er z. B. Rohmaterial mitbringt, und ihm dieses auf dem Heimwege gestohlen wird. Wenn aber der Verkäufer oder der Darlehnsschuldner mit der Sache oder dem Gelde zu mir kommt, um mir zu leisten, und ich ihn aus entschuldbarem Irrthum zurückweise, und er unterwegs angegriffen und beraubt wird, so ist der Schuldner nicht entlastet.

Ist dies konsequent? ist dies eine dem Leben oder auch nur der vermuthlichen Absicht der Parteien entsprechende Regelung? Ein derartiger Unterschied zwischen Sachleistungen und Dienstleistungen ist mithin ausgeschlossen. Die behauptete Annahmepflicht des Gläubigers würde ja gerade dem Schuldner zum Unheil, anstatt zum Heile gereichen, indem ihm (kraft dieser Behandlung vom Schuldstandpunkte aus) die günstigere Situation entzogen würde, die er in den Fällen hätte, wo der Gläubiger in entschuldbarem Irrthum und ohne Verschulden ist: im Falle der Annahmepflicht müßte es der Schuldner auf sich nehmen, daß er mit seinen Materialien auf dem Heimwege jene schlimmen Erfahrungen machte, denn die Annahmepflicht käme nur im Falle der Pflichtwidrigkeit des Andern zur Geltung; wo aber keine Annahmepflicht bestände, müßte man sagen: im Fall der Nichtannahme tritt der Annahmeverzug ohne weiteres und ohne jedes Verschulden des Gläubigers ein, und wenn also der Schuldner auf dem Wege den Räubern in die Hände fällt, so muß der Gläubiger den Schaden tragen — der Schuldner wäre ungünstiger gestellt, wo eine Annahmepflicht bestände, als wo keine besteht — eine Behandlungsweise, die sich sofort als unmöglich erweist.

Sehen wir nun aber einmal von dieser Unmöglichkeit ab und betrachten wir einen Fall, wo der Käufer oder Darleiher mit seinem Gelde wieder abziehen muß. Daß der Schuldner, wenn der Gläubiger ihn aus entschuldbarem Irrthum fortschickt, hier in schlimme Lage kommt, ist offensichtlich; darauf erwidert man aber, dies sei eine Situation, die der Schuldner voraussehen könne und die er eben als Schuldfolge mit auf sich nehmen müsse.

Aber eben das ist unrichtig, daß man den Schuldner über das belastet, was die Obligation ihm auferlegt: dem Sinne der Obligation entsprechend haftet er, so weit die Obligation reicht; daß er noch zu etwas weiterem verpflichtet sein soll, das ist eben gerade die unbewiesene Voraussetzung; dazu bedürfte es eines besonderen Rechtsgrundes und dieser fehlt: wer verpflichtet ist, ist verpflichtet, so weit die Vereinbarung oder die gesetzliche Verpflichtungsauflage reicht, und nicht weiter![6])

Ich glaube auch kaum, daß jener Trost vielen Anklang finden wird; denn es fragt sich ja immerhin: Warum hat das Recht die Sachlage so gestaltet, daß der Schuldner so schwer belastet wird, daß er das zu liefernde Eis unentgeltlich schmelzen lassen muß, wenn der Gläubiger wegen einer Ohnmacht es nicht annehmen kann, oder daß die Konventionalstrafe oder die lex commissoria verfällt, wenn der Gläubiger nicht in der Lage war, das Geld anzunehmen, oder daß das Patent zusammenstürzt, wenn der Patentberechtigte mit der Patentsteuer am letzten Tage angerückt kommt und der Kassenbeamte in Folge einer plötzlichen Uebelkeit das Geld nicht annehmen kann oder in Folge eines sehr entschuldbaren (vielleicht durch frühere Fälschungen Anderer bewirkten) Irrthums es nicht annehmen will?

Das sind allerdings Folgerungen, die niemand annehmen wird. Aber indem man hier von den Grundregeln des Gläubigerverzugs abweicht, geräth man wieder in ein prinzipwidriges Doppelsystem.

---

[6]) Vergl. auch vorzüglich Saleilles, Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de code civil Allemand nr. 41 p. 33: La vérité est que la demeure du créancier résulte de l'impossibilité où il se trouve d'exiger du débiteur plus qu'il ne doit: or, prolonger l'obligation c'est demander au débiteur plus qu'il ne doit, c'est, de la part du créancier, s'arroger un droit que l'obligation ne lui donne pas; donc, il devra tenir compte au débiteur du fait de lui avoir demandé plus qu'il ne lui était dû; et alors il est indifférent de savoir si le créancier était ou non en faute . . .

Bezüglich der Konventionalstrafe allerdings bekommt die Sache nunmehr ein anderes Gesicht, sofern das Bürgerliche Gesetzbuch in dem bekannten § 339 hierbei Verzug des Schuldners voraussetzt. Aber das nimmt das gemeine Recht nicht an; es läßt auch im Fall völliger Unverschuldetheit des debitor die Vertragsstrafe eintreten, es müßte denn sein, daß die durch Vertragsstrafe zu sichernde Obligation in Folge einer solchen Unmöglichkeit selbst erlischt oder doch wenigstens eine Sistirung erleidet — dies findet aber gerade beim Annahmeverzug nicht statt; die Vertragsstrafe müßte also verfallen.

Darum haben die Römer seit Servius Sulpicius darauf gedrungen, daß die Konventionalstrafe nicht zutrifft, wenn die Nichterfüllung der Hauptobligation am Gläubiger liegt — denn auf den großen Servius Sulpicius gehen sie zurück:[7])

Servius ait pecuniae trajecticiae poenam peti non posse, si per creditorem stetisset, quominus eam intra certum tempus praestitutum accipiat (Ulpian in fr. 8 de naut. foenere),

und:

Servius ait, si per stipulatorem stet., quominus accipiat, non committi poenam (Pomponius in fr. 40 de recept. qui arbitr.;[8]) und so haben sie später immer und immer wieder dieses Moment betont, und zwar unter deutlicher Erkenntniß, daß hier die Frage nach der Schuld oder Schuldlosigkeit des Gläubigers außer Betracht bleibt; es wird hier recht absichtlich das eine betont, daß es in sochem Falle nicht angehe, den schuldlosen debitor in Nachtheil zu setzen.

So meint schon Proculus (cit. von Ulpian (Celsus) in fr. 23 § 1 de recept. qui arb.): si jusserit me tibi dare et valetudine sis impeditus, quominus accipias, aut alia justa ex causa, poenam non committi.[9])

---

[7]) Vgl. Bremer, Jurisprud. Antehadr. I p. 197.

[8]) In fr. 23 de obl. et act. bezieht sich das Allegat des Servius Sulpicius, zunächst wenigstens, auf eine andere Frage.

[9]) Indirekt kommt auch die Argumentation des Proculus in fr. 113 pr. de verb. obl. in Betracht, verb.: aut si hoc falsum est, etiam si stipulator pridie kalendas Junias mortuus esset, poena commissa non esset, quoniam mortuus arbitrari non potuissit. Der Jurist unterstellt: wäre der Werkmeister zur rechtzeitigen Erfüllung bereit gewesen und wäre eine Verzögerung in der approbatio dadurch eingetreten, daß der Besteller einen Tag vor dem Approbationstag starb, so wäre die Vertragsstrafe nicht verfallen; nicht aber,

So Labeo und Javolenus in fr. 30 pr. de usu et usufr.: idem fieri et si per mulierem mora fieret, quominus satis acciperet (es handelt sich um einen Nießbrauch, der der Frau solange gegeben werden muß, bis ihr für die ganze Mitgift Sicherheit geleistet wird; der geschuldete Nießbrauch ist einer Konventionalstrafe vergleichbar, welche für die Verzögerung zu leisten ist).

Entsprechend daher auch Papinian, bezüglich der Strafzinserhöhung, in fr. 9 § 1 de usur.: si tamen post mortem creditoris nemo fuit, cui pecunia solveretur, ejus temporis inculpatam esse moram constitit; ideo si majores usurae prioribus petantur, exceptio doli non inutiliter opponetur.

Vgl. auch noch fr. 1 § 3 de eo per quem fact. (2, 10): dolo actoris .... aliter atque si ab alio sit impeditus.

Dieselbe Entwicklung läßt sich bei der lex commissoria darthun: auch die lex commissoria wirkt nicht, wenn der Gläubiger im Annahmeverzug ist.

Sie geht hier wohl auch auf Servius Sulpicius zurück (fr. 23 in fine de obl. et act., sofern der Schluß noch als Fortsetzung des Citates zu betrachten ist), jedenfalls aber bis auf Labeo, wie das fr. 51 § 1 de act. emti vend. beweist: quod si fundum emisti ea lege uti des pecuniam kalendis Juliis, et si ipsis kalendis per venditorem esset factum, quominus pecunia ei solveretur ....

Die nun folgende Entscheidung der Juristen, die einen komplizirteren Fall betrifft, geht davon aus, daß hier die Rechtsfolge der Verwirkung nicht eintrete. Und für den Fall, daß eine auch schuldlose Säumniß auf Gläubigerseite eintrete, erklärt auch Marcellus (citirt in fr. 4 § 4 de lege commiss.): quod si non habet cui offerat, posse esse securum.

Auch Scaevola hebt es als entscheidend hervor: si per emptorem factum sit, quominus legi pareretur (fr. 6 pr. eod.)

Es ist darum auch völlig unrichtig, wenn man das fr. 18 pr. de const. pecun. als Beweismittel unserer Lehre verwerfen wollte. Beim Konstitut hatte der Prätor bereits in die Formel die Worte aufgenommen: neque per actorem stetisse quominus etc., ebenso wie sich dieser Formeltheil sicher in der actio Serviana fand

wenn es damals sicher war, daß das Werk bis zum Approbationstag nicht fertig werden konnte.

(vergl. c. 19 § 2 de usur.); es war nichts anderes, als der Ausdruck des Gedankens, der sich bei der Konventionalstrafe und der lex commissoria in gleicher Weise entwickelte: daß irgend welche ungünstigen Folgen der Obligationsnichterfüllung nicht eintreten sollen, wenn die Erfüllung an der Person des Gläubigers scheitert; eines Gedankens, der in die älteste, lebenskräftigste Periode des wissenschaftlich entwickelten römischen Rechts zurückgeht.

Und es ist nur eine Wiederholung dessen, was ältere Juristen für ähnliche Situationen ausgesprochen hatten, wenn Pomponius zu dem per actorem stetisse die Bemerkung macht (fr. 18 pr. de pec. const.): proinde si valetudine impeditus aut vi aut tempestate petitor non venit, ipsi nocere.

Schey[10]) macht hiergegen manches geltend. Er spricht vom Konstitut als einem Fixgeschäft der klassischen Zeit, von der „interessanten" Ausführung bei Bruns[11]), und stellt sodann die neue Idee auf, beim Fixgeschäft könne überhaupt von einer mora im technischen Sinne nicht die Rede sein — als ob eine Verzögerung, welche zugleich die Unmöglichkeit der Obligation bewirkt, nicht erst recht eine Verzögerung wäre! Er bemerkt weiter, daß es die Römischen Juristen mit der Interpretation der Ediktsworte, nicht mit der allgemeinen Bedeutung der mora creditoris zu thun hatten — allein nicht blos um die Interpretation der Ediktsworte handelt es sich, sondern um die Ediktsworte selbst; und daß bei diesem Institut ein anderer Gedanke obgewaltet hätte, als den Schuldner zu schützen, falls die Leistung an der Person des Gläubigers scheitert, ist nicht anzunehmen; das Institut verfolgte ähnliche Tendenzen, wie Konventionalstrafe, lex commissoria und alle den Schuldner fassenden Klauseln, und es ist gar nicht abzusehen, warum die Römer hier, wo es sich um gleichartige Institute handelte, konsequenz-, system- und planlos geschaffen haben sollten. Wenn Schey schließlich erklärt, nach unserer Stelle sei die Folge der Verlust der Klage, und dies könnten wir doch nicht als Regel aus der mora creditoris ableiten, so will ich auf dieses Fehlargument lieber nicht erwidern; denn es handelt sich ja doch um den Verlust nicht des Hauptrechts, sondern der aus dem Konstitut hervorgehenden besonderen Rechte; ähnlich wie wenn in Folge des Gläubigerverzugs

[10]) Schey, Begriff und Wesen der mora creditoris S. 76, 77.

[11]) Deren Verdienst übrigens nicht bestritten werden soll.

das Recht auf die Konventionalstrafe oder auf die actio hypothecaria nicht eintritt.

Alles dieses deutet historisch dringend auf den Gedanken hin, daß diese Institute von dem nämlichen Geist geleitet sind, wie das ordentliche Obligationenrecht, wonach eben der Schuldner gesichert sein soll, wenn die Nichterfüllung am Gläubiger liegt, sei es nun, daß der Gläubiger hierbei schuldhaft handelt oder schuldlos.

Wie wenig man übrigens hier mit der Ansicht der Parteien und ähnlichen Dingen operiren darf, beweist das obige Beispiel aus dem Patentrecht. Die Grundsätze über Annahmeverzug müssen doch auch bei den Obligationen aus dem Gesetz und aus dem Delikt hervortreten, und hier kommen, wie der Fall der Patentsteuer beweist, mitunter sehr mächtige Präjudize in Frage. Ein Patent von einigen Millionen kann in Frage stehen, wenn der ohnmächtige Kassenbeamte die Patentsteuer von 150 Mark nicht anzunehmen in der Lage ist!

Hier kann man doch gewiß überall nicht damit argumentiren, daß der Schuldner solche Dinge voraussehen müsse oder daß bei Verabredung der Obligation etwas anderes als ausgemacht anzusehen sei; und wenn man sich schließlich darauf beruft, das Gesetz könne so etwas nicht wollen, so ist doch gewiß zu erwidern, daß, wenn das Gesetz hier so etwas nicht wollen kann, es anderwärts so etwas auch nicht will. Sonst tritt an Stelle von Regel und Prinzip System- und Prinzipwidrigkeit.

Gegenüber dieser Grundauffassung nun, wonach der Schuldner eine solche Behandlung beanspruchen darf, daß für ihn eine jede Nichtannahme des Gläubigers unschädlich bleibt, hat man sich auf die Interessen des Gläubigers berufen und gesagt: auch der Gläubiger dürfe nicht leiden, wenn er schuldlos ist; ist er daher schuldlos im Nichtempfang, so dürfe man den Schaden nicht auf ihn wälzen.

Dies ist namentlich die Argumentation Windscheid's (Pandekten § 345), die Windscheid auch in späteren Auflagen festgehalten hat, obgleich ich angenommen hatte, daß vorzüglich durch seinen Einfluß (auf Grund meiner Anregung) der richtige Grundsatz in das Bürgerliche Gesetzbuch gelangt sei.

Windscheid will sagen: die Nachtheile, die der Schuldner in Folge des Gläubigerverzugs erfährt, träfen eben zuerst ihn; dem

Gläubiger könnten sie nur aufgebürdet werden kraft einer Ueberwälzung, eine solche sei aber nicht gerechtfertigt, wenn der Gläubiger schuldlos ist.

Dies ist aber nichts als eine scholastische Verkehrtheit. Ein jeder, der den Vogel, der sich ihm darbietet, wieder abflattern läßt, hat den ihm dadurch entstehenden Nachtheil zu tragen, und wenn der Gläubiger sein Vermögensrecht nicht ausübt, so hat er den daraus entspringenden Nachtheil in Kauf zu nehmen; nichts anderes aber als eine Ausübung des Vermögensrechts gegen den Schuldner ist die Annahme der Leistung, und nichts anderes als eine Nichtausübung des Vermögensrechts ist es, wenn der Gläubiger die Leistung nicht annimmt — Vermögensrecht natürlich in dem weiteren Sinne genommen, wie es früher (Obligationsinteresse, Arch. f. bürgerl. R. XII S. 16f.) entwickelt worden ist.

Daß, wenn Jemand nicht in der Lage ist, den Fisch zu erhaschen, der an seiner Angel zappelt, es gerecht ist, wenn ihm der Fisch entgeht! daß es gerecht ist, wenn er den Schatz entbehrt, den er nicht findet, obgleich er ihm vor Augen liegt! daß es gerecht ist, wenn die alte Jungfer aus Taubheit den Heirathsantrag überhört, und nunmehr zeitlebens ledig bleiben muß! daß es gerecht ist, wenn jemand nichts erhascht, falls bei einer Festlichkeit Münzen unter das Volk geworfen werden! daß es gerecht ist, wenn jemand beim Diner die besten Speisen vorübergehen lassen muß, weil zur Unzeit sein Magen verstimmt ist! daß es gerecht ist, wenn jemand in einer wunderschönen Tragödie im letzten Akte einschläft! daß es gerecht ist, wenn jemand dafür — des Schicksals Tücke — im schönsten Salonwagen nicht einschlafen kann! daß es gerecht ist, wenn ich keine Pferdebahn finde und darum einen Festzug zu sehen versäume! daß es gerecht ist, wenn der Gläubiger im Wahnsinnsanfall den Schuldner zur Thür hinauswirft und nun die Folgen zu tragen hat, falls der letztere noch dazu den Unfall hat (denn meist kommt der eine Unfall nicht allein), daß ihm im Menschentrubel das Geld gestohlen wird!

Ueberall ist es gerecht, daß, wer nicht in der Lage ist, etwas, das ihm rite dargebracht wird, an- oder aufzunehmen, eben nun die Folge davon tragen muß; ist es gerecht, wenn mir in Folge dessen eine Leistung auf Nimmerwiedersehen verschwindet, wie bei einer Lektion, die ich nicht anhören oder wegen Kopfschmerzen nicht erfassen kann, so ist es zehnmal gerecht, wenn der Gläubiger durch Nichtannahme (in Folge der

körperlichen Natur der Leistung) nicht diese Leistung an sich verliert, wohl aber gewisse Nachtheile in Bezug auf dieselbe erleidet.

Die Windscheid'sche Argumentation verkennt diesen natürlichen Uebergang der Nachtheile auf den Gläubiger und will, weil eine andere Rechtfertigung nicht zu finden ist, diesen Uebergang nicht gelten lassen. Mit derselben Schlußfolgerung könnte man argumentiren, daß der Passagier, der aus verzeihlichem Versehen den Zug verspätet, einen Extrazug verlangen könne oder mindestens die Rückzahlung seines Geldes — ja, wenn die Rechtsordnung sich zum Vormunde des Berechtigten erheben will, dann kann sie dem Gläubiger den Fisch fangen, den er hat schwimmen lassen, und wer den Schatz nicht heben kann, bekommt von der Rechtsordnung zur Steuer der Gerechtigkeit ein Paar Diener zugestellt! und wenn er aus Versehen das Geld nicht annimmt, so wird der Schuldner zum haftbaren Verwahrer seines Geldes gestempelt!

In der That sind die Nachtheile des Gläubigers beim Annahmeverzug nichts anderes als die Nachtheile, daß er nicht erfaßt, was ihm zu Gebote steht, wodurch das ihm Geleistete ganz oder theilweise verloren gehen kann.

Dieses durch die richtige Anschauung gegebene Verhältniß mußte allerdings der Windscheid'schen Scholastik entgehen; denn es ist eben die Eigenheit der Scholastik, daß ihr die direkte Anschauung fehlt und sie mit Begriffen wie mit Schachfiguren operiren zu können glaubt, während die Begriffe doch nur die Gefäße sind für unseren Gedankeninhalt: die Gefäße, um mit diesem zu operiren.

Andere haben der Sache namentlich die Wendung gegeben, der Gläubiger sei zwar nicht an sich verpflichtet, die Leistung anzunehmen, wohl aber verpflichtet, den Schuldner nicht zu nasführen und entweder anzunehmen oder den Schuldner ohne Annahme zu befreien: ohne die eine oder andere Alternative gehe es nicht ab: mithin müsse der Gläubiger in der einen oder anderen Weise verfahren; und wenn er nichts davon thue, so sei er im Verzug. Man glaubte also an eine Nothwendigkeit genossenschaftlichen Zusammenwirkens zwischen Gläubiger und Schuldner, ähnlich wie man solches im Prozeß annehmen zu müssen geglaubt hat.

Darauf geht hinaus, was Schey S. 56 f., 89 f. auszuführen sucht. Denn fürwahr die Argumentation, daß sonst culpa nur an entgegengesetzter culpa ihre Ausgleichung finde, und ähnliches bedarf

keiner Erwiderung; wohl aber sucht er im allgemeinen darzuthun, daß es eine Pflicht des Gläubigers sei, dem Schuldner beizuspringen, um ihn aus der Obligationsfessel zu befreien, nach dem Grundsatze alterum non laedere. Der Kern der Argumentation läuft auf eine solche genossenschaftliche Menschenhülfe hinaus: es wäre dies eine, allerdings nicht aus der Obligation als solcher, wohl aber aus den allgemeinen Menschheitsbeziehungen hervorgehende Menschheitspflicht, vergleichbar also der von Vielen behaupteten Einlassungspflicht im Prozeß, die auch nicht auf speziellem Rechtsgrund, sondern auf den allgemein sozialen Beziehungen der Menschen unter einander beruhen soll.[12])

Allein diese ganze Aufstellung muß bei uns ebenso scheitern, wie die Aufstellung einer Einlassungspflicht im Civilprozeß. Wie diese mit dem Augenblick cessirt, wo uns ein Kontumazialverfahren die leichte Möglichkeit bietet, im Prozeß ohne den Beklagten zu Ende zu kommen, ebenso cessirt eine solche genossenschaftliche Menschheitspflicht mit dem Momente, wo die Rechtsordnung dem Schuldner ohne Zuthun des Gläubigers die Fesseln seiner Verbindlichkeit lockert und löst. Thut dies die Rechtsordnung, warum noch eine Pflicht des Gläubigers, zu thun, was die Rechtsordnung schon an sich thut? Eine solche Pflicht wäre nur ein unnöthiges Glied im Organismus der Rechtsverwirklichung; etwa wie eine Pflicht zu einem Versprechen, wie eine obligatio ad cautionem (verbalem) interponendam, wo die Rechtsordnung an sich schon die Verpflichtung statuirt, die nun erst versprochen werden soll; oder wie eine Verpflichtung des Gläubigers zur Acceptilation nach erfolgter Zahlung, während schon die Zahlung ipso jure die Forderung tilgt.

Ist es darum richtig, daß bei der Nichtannahme die ungünstige Folge ohne weiteres vom Schuldner abgewendet und ihm die naheliegende Möglichkeit gewährt wird, sich ohne den Gläubiger zu befreien, so kann man die genossenschaftliche Hülfe des Gläubigers entbehren, und eine Verpflichtung dazu ist nicht zu statuiren; denn eine erst durch Klage zu effektuirende Verpflichtung, eine Verpflichtung, die zudem ihre Entschuldigungen und Ausnahmen zuließe, während doch die Rechtsordnung von selbst und ausnahmslos schafft, wäre ebenso unzeitig, wie wenn man etwa im Aufgebotverfahren eine Verpflichtung

[12]) Ueber diese Frage des Prozeßrechts vergl. meine Gesammelten Beiträge zum Civilprozeß S. 50f.

eines jeden Betheiligten statuiren wollte, sich zu melden, oder beim Zwangsvergleich eine Verpflichtung eines jeden Gläubigers, mitzustimmen; alle diese Herren Betheiligten werden ohnedies betroffen, sie werden betroffen kraft der unmittelbaren Folge der durch Aufgebot oder Konkurs geschaffenen Verhältnisse; und man verpflichtet sie darum nicht, ebenso wenig als man den zum Tode Verurtheilten noch besonders verpflichtet, sich hinrichten zu lassen: auch das wäre schließlich eine allgemeine Menschheitspflicht, wofür sich die Vertheidiger sogar noch auf die Gespräche des Sokrates beziehen könnten.

Im englischen Strafprozeß verlangte man vom Angeklagten nicht gerade dieses, aber man verlangte, daß er sich der Jury unterwerfe. Heutzutage stellt man an den Angeklagten eine solche Anforderung nicht mehr; denn er ist schon unterworfen.

Und so zieht sich durch das ganze Rechtssystem die Fülle ehemaliger Pflichten, die von selbst wegfallen, sobald die Rechtsordnung so sehr erstarkt ist, daß sie der Mitwirkung nicht mehr bedarf und es darum auch nicht mehr nöthig hat, den Betreffenden zur Mitwirkung zu zwingen oder eine Mitwirkungspflicht zu statuiren.

Die ganze Mitwirkungspflicht des Gläubigers ist darum ein Stück grauen Alterthums, das man festhält, weil man den mächtigen Rechtsfortschritt und seine unweigerliche Konsequenzen verkennt.

§ 2.

Schon oben wurde mit dem Dienst- und Werkvertrag exemplifizirt; in der That tritt bei ihnen aufs Deutlichste hervor, daß der Gläubiger als Gläubiger keine Pflicht hat; denn bei beiden hat die Rechtsordnung den Grundsatz durchgeführt: der Gläubiger ist nicht verpflichtet, die Leistung anzunehmen, nur daß er eben die Gegenleistung (zu der er sich verbunden hat) ebenso geben muß, wie wenn er angenommen hätte; abzüglich dessen, was dem anderen Theil durch die Nichtleistung erspart oder erworben worden ist, §§ 615, 649 B. G.B.

Eine ähnliche Behandlungsweise hatte ich s. Z. (Abhandl. S. 364f.) vorgeschlagen; nur wollte ich aus praktischen Gründen eher eine pauschale Ausgleichung nach Analogie der Fautfracht des Transportrechts, wovon noch S. 249 zu handeln ist. Hiernach hat, wer ein Gebäude, eine Statue bestellt, wer einen Hauslehrer miethet, jederzeit das Recht der Kündigung, wenn er nur den Arbeiter in der bezeichneten Weise ver-

gütigt. Das ist völlig begründet; anders lassen sich die Verhältnisse des Lebens gar nicht gestalten[13]) und es ist unrichtig, dies (wie es Gierke, Entwurf S. 248 thut) als Fehler zu bezeichnen mit der Motivirung: wie schwer dadurch ein junger Künstler geschädigt werden könne. Allerdings ist der Tadel Gierke's bezüglich der Motive richtig; die Motive hätten nichts eingebüßt, wenn sie, da doch wohl meine Arbeit im Entwurf eingehend benützt war, auch auf meine Arbeit Bezug genommen hätte: das wäre eine entsprechende Ergänzung der dürftigen Motiväußerungen gewesen. Was aber den Einwand Gierke's betrifft, so kann ich darauf hinweisen, wie z. B. in Karlsruhe ein Theaterintendant argumentirte, als man ihn gegen volle Zahlung seines künftigen Gehaltes vor der Zeit seiner Stellung enthob: dies sei für ihn kein genügender Ersatz, da ihm die Leitung der Anstalt Ansehen und Ehre gebracht hätte — eine Argumentation, die man allgemein als unrichtig erkannte.[14])

Denn nicht jedes Interesse des einen Kontrahenten involvirt auch eine Pflicht des anderen, diesem Interesse zu willfahren; sonst müßte auch der Schüler die rechtliche Verpflichtung haben, im Unterricht fleißig zu sein, weil dies dem Interesse des Lehrers an möglichst guten Erfolgen entspräche, und der Patient wäre gehalten, sich der instruktiven Operation zu unterwerfen, die den Ruhm des Operateurs begründen kann; und ich wäre verpflichtet, dem Maler zu sitzen, obgleich mir dies über alle Maßen lästig und zeitraubend ist und obgleich ich allen Glauben an diesen Maler verloren habe.

Noch mehr! Soll der Bauspekulant verpflichtet sein, den Architekten fort und fort bauen zu lassen, obgleich er weiß, daß er so dem bestimmten Ruin entgegengeht? Soll eine Theaterverwaltung den Regisseur walten lassen, obgleich sie bemerkt, daß sein Wirken das Theater

---

[13]) Der § 649 B.G.B. hat sein Vorbild in C. civ. a. 1794 (so auch der italienische C. civ. a. 1641, holländisches Civilgesetzbuch a. 1647, Schweizer Obligat.R. a. 369). Wie wenig die französische Doktrin den a. 1794 zu fassen vermochte, habe ich Abhandl. S. 276 f. gezeigt. Trotz meiner Abhandlung und ohne sie auch nur zu erwähnen, ist die alte Behandlung in Dreyer's Ausgabe von Zachariä übergegangen; erst Crome hat in seiner Ausgabe (II S. 592) die Sache richtig gewendet, meinen Ausführungen folgend. Ueber a. 1794 vergl. auch R.G. vom 25. Mai 1883 Z. f. franz. Civ. R. XV S. 129 und vom 3. Juli 1894 ebenda XXVI S. 259.

[14]) Vergl. meine Abhandlung S. 278.

völlig zu Grunde richtet? Soll der Vater den Hauslehrer fort und fort wirthschaften lassen müssen, obgleich er sieht, daß sein Sohn dabei immer mehr zurückkommt? Man sage nicht, im Falle der Verschuldung des Arbeiters bleibe ja die Möglichkeit des Rücktritts gewahrt — wir unterstellen ja den Fall, daß kein (ausgesprochenes) Verschulden, sondern eine prinzipielle Verschiedenheit der Meinungen über den Erfolg und die Angemessenheit der Thätigkeitsform vorliegt, wie sie zwischen Arbeitsherrn und Werkleistenden so häufig vorkommt, so daß eine gedeihliche Weiterführung des Verhältnisses nicht abzusehen ist; und der berühmte § 627 B.G.B., der für manche Fälle Abhülfe bieten könnte, trifft ja bei dauernden Dienstverhältnissen mit festen Bezügen nicht zu.

Gewiß wäre es hier allen Lebensinteressen widersprechend, wenn der Geschäftsherr nicht sagen dürfte: auf eine Diskussion über die richtige Methode lasse ich mich nicht ein: hier ist die vertragsmäßige Belohnung, im übrigen lasse mich künftig unbehelligt. Schließlich wäre man verpflichtet, den Hausarzt wirthschaften zu lassen und gar seine Rezepte einzunehmen, denn auch ihm wird es bedränglich, wenn ihn das Publikum, der eine nach dem anderen, entläßt oder seine Rezepte verschmäht; und was den jungen Künstler betrifft, so wäre es eine schlimme Situation, wenn ich gehalten wäre, ihm à tout prix meinen Raffael zur Restauration zu überlassen, trotzdem ich — persönlich — den Glauben an seine Geschicklichkeit verloren habe; und wenn der Unternehmer einer zusammenhängenden plastischen Gruppe sich einen Unterarbeiter miethet, der einen Theil ausführen soll, so wäre es gewiß im höchsten Grade bedränglich, wenn er diesen gewähren lassen müßte, obgleich er zur Ueberzeugung gelangt ist, daß derselbe völlig aus dem Styl fällt und dadurch das Ganze diskreditirt.

Ganz undenkbar völlig wird die entgegengesetzte Behandlung, wenn man sich den Fall vorstellt, wie er vor Kurzem in Italien lebhaft debattirt wurde.[15]) Eine Stadtgemeinde hat mit einer Gasgesellschaft über die Beleuchtung der Stadt abgeschlossen; die Interessen des städtischen Gemeinwesens aber führen dazu, die elektrische Beleuchtung einzuführen; oder es ergiebt sich, nachdem über eine elektrische Beleuchtung akkordirt worden ist, daß ein anderes System viel zuträglicher und 10 Mal billiger ist. Daß hier die Stadtgemeinde nach

[15]) Vergl. Entscheidung des Kassations-Hofs Florenz vom 6. März 1893 Giurisprudenza Italiana 1893 p. 340 f., 352.

vollständigem Geschäftsabschluß verpflichtet ist, der betreffenden Gesellschaft volle Vergütung zu gewähren für ihre Vorbereitungen, sowie für den Arbeitsverdienst, der ihr als Gegenleistung zugekommen wäre, ist völlig in der Ordnung; ganz undenkbar aber wäre die Aufstellung, daß die Stadt verpflichtet sein sollte, sich die Anlage machen zu lassen, etwa um sie darauf wieder zu entfernen und Anlagen eines anderen Systems einzuführen; noch undenkbarer ist es, daß die Stadt verpflichtet sein sollte, nicht nur die Anlage, sondern auch die Beleuchtungsoperationen während der ganzen Kontraktperiode zu dulden, so daß vielleicht eine Großstadt 20 Jahre lang ein mittelalterliches System einer dämmerartigen Halbbeleuchtung ertragen müßte, während andere Orte in Tageshelle strahlen!

Und dies muß gelten, wenn auch, wie begreiflich, die Gesellschaft sich darauf berufen kann, daß die vertragsmäßige Ausführung in der Großstadt ihr eine lebhafte Empfehlung und Prävention für weitere Bestellungen anderer Städte gewähren würde. Daraufhin kann die Unternehmerin kein Ausführungsrecht und kein Recht auf Ausführungsgestattung ableiten, auch kein Recht auf Entschädigung wegen entzogenen Ruhms und entzogener Empfehlung. Schließlich könnte Jemand ein Recht auf Entschädigung wegen Hinderung der empfehlenden Thätigkeit noch daraus ableiten, daß er während der Pestzeit seine Methode der Straßenbesprengung nicht vertragsmäßig zur Ausführung bringen durfte, und eine Stadt müßte sich die bedungene Herstellung hygienischer Maßregeln gefallen lassen, auch wenn es sich herausstellen würde, daß diese sehr zweifelhaften Erfolges sind und daß andere wirksamere Methoden existiren. Daß es natürlich das Budget einer Stadt schon sehr belastet, wenn sie verunglückte Bestellungen macht und dafür die Gegenleistung ganz oder theilweise ohne Nutzen gewähren muß, ist sicher, und größte Vorsicht, sowie die Aufnahme entsprechender Vorbehalte in die Verträge ist sehr empfehlenswerth;[16]) aber ein Zwang

[16]) Das italienische Gesetz sui lavori publici vom 20. März 1865 (nr. 2248 Raccolta ufficiale XI p. 417, 612) a. 345 erleichtert daher die Stellung des Staates im Fall des nachträglichen Rücktritts; es heißt: E facultativo all' amministrazione di risolvere in qualunque tempo il contratto, mediante il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere, oltre al decimo dell' importare delle opere non eseguite. Vergl. hierzu Kassations-Hof Turin vom 31. Dezember 1888 Giurisprudenza Italiana 1889 I p. 198.

zur Gestattung solcher Maßregeln, etwa damit der Unternehmer dabei Erfahrungen sammle oder nach außen glänze, das ginge über alle Maßen und wäre gegen alle Postulate unserer Lebensverhältnisse.

Mithin ist der Werkvertrag stets so aufzufassen, daß die Pflicht beim Arbeitenden, das Recht beim Werkherrn ist, und daß das Interesse des Arbeiters an der Arbeit sich nur in dem Aequivalent entlädt, das ihm für die Arbeit vertragsmäßig zukommen soll.

Dies gilt so sehr, daß das Prinzip überall durchschlägt, auch wenn die Rolle des Werkherrn vertauscht wird. Wenn ich mich vom Maler porträtiren lasse, bin ich der Werkherr; wenn sich aber Jemand dem Maler verpflichtet Modell zu stehen, ist der Maler der Werkherr; wenn der Patient sich operiren läßt, ist er der Werkherr, wenn sich aber Jemand zur Vornahme eines ärztlichen Versuchs hergiebt,[17] ist es der Arzt; wenn Jemand sich eine Beleuchtung machen läßt, ist er der Werkherr, wenn aber Jemand sich verpflichtet, die Vorbereitungen zu treffen, damit ein Elektriker seine Versuche veranstaltet, ist der Elektriker der Werkherr; wenn eine Bühne einen Sänger für ein Gastspiel engagirt, ist die Bühne der dominus, wenn sich aber der Sänger ein Orchester miethet, um seine Piecen aufzuführen, ist der Sänger der dominus u. s. w.

Nichts aber wäre irriger, als den Werkvertrag in zwei Werkverträge zu zerlegen, so daß jeder Theil Werkherr wäre, um bestimmte Thätigkeiten des anderen zu empfangen, und ein jeder Theil Werkleister, um bestimmte Thätigkeiten zu vollziehen oder bestimmte Eingriffe zu erleiden! Dies wäre gegen alle Lebensverhältnisse. Der Patient würde sich dafür bedanken, zugleich das Experimentirobjekt für den Arzt abzugeben, die Dame, die das Kleid anprobiren soll, wäre wenig erbaut, wenn man sie zugleich als Probirmamsell betrachten und behandeln wollte, und die Bühne würde es für eine große Anmaßung halten, wenn der Schauspieler sie etwa als Experimentirbühne und die Mitwirkenden als seine unterthänigen Gehülfen ansehen würde, die ihn zur Geltung zu bringen hätten. Mag der Einzelne solche Ideen hegen, das Recht kann ihm nicht Recht geben.

Daher es ist beim Werkvertrag nur das Interesse des Werkherrn an der Arbeit, das zu einem Recht auf die Arbeit führt; das Interesse

[17]) Was allerdings nur innerhalb beschränkter Grenzen statthaft und bindend ist, Arch. f. civ. Praxis Bd. 84 S. 22.

des Arbeitenden gewährt nicht ein Recht auf die Arbeit, sondern nur ein Recht auf das vertragsmäßige Arbeitsäquivalent.

Hat doch schon das Handelsrecht in einer Reihe von Fällen dieses System sanktionirt, allerdings in Fällen, wo nicht nur eine Dienstleistung, sondern eine Dienstleistung mit Repräsentationsrecht vorliegt: hier ist es besonders dringend, daß dem Dienstherrn stets ein freies Revokationsrecht bleibt, vorbehaltlich der Vergütungs- oder Entschädigungspflicht, d. h. vorbehaltlich des Gehaltes mit den entsprechenden Abzügen: so ist dies bestimmt vom Vorstand einer Aktiengesellschaft § 231, vom Kapitän § 545, vom Vorstand einer Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaft § 24 des betr. Gesetzes, von den Geschäftsführern einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, § 38 des betr. Gesetzes.[17a])

Da also die Bestimmung des § 649 B. G.B., ebenso wie die des französischen a. 1794, auf den allgemeinen Prinzipien des Annahmeverzugs beruhen, so ist zu sagen: die Bestimmung gilt in vollem Umfang, sie gilt prinzipiell, sie gilt nicht als Rechtsausnahme.

Daher 1. der Werkherr kann nach theilweiser Arbeit auch theilweise zurücktreten, soweit ein solcher theilweiser Rücktritt möglich ist, d. h. soweit es ohne Kränkung anderer Interessen möglich ist, die Thätigkeit nach Beginn zu unterbrechen. Dies ist nicht immer möglich: bei den Seefrachtgeschäften ist es nur möglich, wenn die spätere Ausladung ohne Abbruch der anderen Funktionen des Schiffes geschehen kann; das Racepferd, das eben eine Leistung ausführen soll, kann nicht mitten im Sprunge aufgehalten werden, und eine chemische Prozedur könnte vielleicht höchst gefährlich werden, wenn man sie mitten darin unterbräche. In gleicher Weise ist es zu beurtheilen, wenn der Werkherr von Anfang an erklärt, die Arbeit nur theilweise annehmen zu wollen.

Aus demselben Grunde muß 2. die Bestimmung des § 649 auch von dem Falle gelten, daß eine künftig herzustellende (individuelle) Sache verkauft wird, d. h. von dem Fall, daß der Unternehmer nicht nur Arbeit,

---

[17a]) Nicht hiergegen spricht § 27 B. G.B., wonach die Bestellung eines Vorstandes des Vereins unwiderruflich sein kann: hier handelt es sich nicht um Bestellung eines Mandatars durch den dominus, sondern um die Aufstellung eines Vereinsorgans durch das andere (Mitgliederversammlung). Vergl. § 712 B. G.B., sodann §§ 117, 127 H.G.B.

sondern auch sämmtlichen Werkstoff liefert; denn in der Annahme der Sache liegt auch die Annahme der in der Sache liegenden (sich zeitlich entwickelnden) Arbeit: auch auf diese darf man verzichten. Dies ist nach § 651 B. G.B. sicher.[18])

§ 3.

Diesen Prinzipien entsprechend regelt das B. G.B. das Institut des Annahmeverzugs bei Gesammtgläubigern und Gesammtschuldnern.

Wenn die Verbindlichkeit durch Verschuldung einer der Gesammtpersonen erhöht wird, so haftet lediglich die Gesammtperson für ihr Verschulden; denn es liegt im Wesen der Gesammtobligation nichts, was eine Haftung des einen für das Verschulden des anderen involvirte: jeder haftet für das Ganze, aber er haftet nicht für seinen Genossen, daher § 425 B. G.B.

Anders verhält es sich mit dem Gläubigerverzug: die Wirkung des Gläubigerverzugs beruht darauf, daß die Verpflichtung des Schuldners nicht über Gebühr gespannt werden darf, und daß er daher nicht nothleiden darf, wenn der Gläubiger die Mitwirkung zur Erfüllung nicht geboten hat. Diese Mitwirkung kann jeder Schuldner, der leisten will, erwarten; und es kann auch jeder andere Schuldner erwarten, daß, wenn einer von ihnen leistet, der Gläubiger die Mitwirkung gewährt: denn die Leistung des einen Schuldners ist für die ganze Schuld, also für alle Gesammtschuldner; daher ist auch die Hinterlegung eine Hinterlegung mit Tilgungswirkung für alle (§ 422 B. G.B.); daher von selbst der Satz: was der Gläubigerverzug an der Schuld erleichtert, das erleichtert er in Bezug auf die Schuld ins Gesammte, also in Bezug auf sämmtliche Schuldner; so auch § 424 B. G.B.

Daher sind die Schuldner, welche solidarisch zu einer Arbeit verpflichtet sind, sämmtlich befreit, wenn sich einer von ihnen zur Arbeit angeboten hat und nicht angenommen worden ist; sie werden befreit und haben das Recht auf Gegenleistung nach den Grundsätzen, die von der Annahme und Nichtannahme der Arbeit entwickelt worden sind.

---

[18]) Das gleiche gilt unter dem C. civ. a. 1794; vergl. R.G. vom 9. Dezember 1884 Bad. Annalen 1885 S. 67 f. und Entsch. XII S. 348, vergl. aber auch bereits Gesammelte Abhandlungen S. 31 f. Doch ist es hier sehr bestritten.

In gleicher Weise muß bezüglich der Gesammtgläubiger gesagt werden: der Schuldner hat das Recht, sich an jeden Gesammtgläubiger nach Belieben zu wenden, als ob dieser der einzige Gesammtgläubiger wäre. Dies ist im Gesetzbuch zu der Konsequenz entwickelt, daß selbst die Klageerhebung eines der Gläubiger dem Schuldner dieses Wahlrecht nicht entzieht (§ 428). Daraus entspringt von selbst die Folge: der Annahmeverzug eines Gesammtgläubigers erleichtert die Schuld in Bezug auf sämmtliche Gesammtgläubiger, so B. G.B. § 429.

Im übrigen führt das Gesammtschuldverhältniß hier, namentlich auch was die Hinterlegung, die Rücknahme des hinterlegten Betrages u. s. w. betrifft, zu schwierigen Fragen, die, soweit sie nicht die ausführliche Erörterung des Gesammtschuldverhältnisses voraussetzen, unten (S. 223) mit zur Lösung kommen sollen.

Den entwickelten Prinzipien entspricht ferner die Konsequenz: ein Annahmeverzug liegt nicht nur dann vor, wenn jemand zur Leistung verpflichtet, sondern auch dann, wenn jemand zur Leistung berechtigt ist; so insbesondere beim Retraktrecht, so beim Kauf auf Wiederkauf, so wenn jemand befugt ist, durch Leistung eine Ablösung zu vollziehen,[19]) so namentlich auch bei Ablösung einer Rentenschuld im Falle der §§ 1199, 1201 B. G.B.

Gerade für solche Ablösungen finden sich in den früheren Rechten Mittel und Wege, wie dem Ablöser geholfen wurde, wenn der andere Theil das Geld nicht annahm: der Retraktberechtigte legte es z. B. in ein Tüchlein und warf es dem Gläubiger ins Haus hinein (Abhandlung S. 304).

In einer italienischen Wiederkaufsurkunde vom Jahre 1116 bei Muratori, Antiq. Ital. III p. 1125, 2126 heißt es: si ego ... aut meus missus vobis ... aut vestris missis parati fuerimus ad dandum et perexsolvendum qualicumque die ab istis Calendis Septembris proximis venientibus usque in unum annum expletum proxime venturum de argento solidos 2 millia[20]) .... (charta venditionis) sit inanis et vacua et in nostra redeat potestate.

---

[19]) Es ist daher eigentlich zu eng, wenn man vom Gläubigerverzug spricht; doch muß auch hier der Ausdruck gestattet sein: a potiori fit denominatio.

[20]) Vielleicht hat hier c. 2 de pact. inter empt. et vendit. eingewirkt: te parato satisfacere condicioni!

Im altfranzösischen Rechte ließ man entweder das Angebot des Losungsberechtigten genügen, sofern es in der gesetzlichen Form erfolgt war; so Beaumanoir ch. 44 nr. 50: se je voil rescorre un heritage et li aceteres ne veut penre l'argent ou il me delaie, je ne me doi pas à ce entendre que je ne li offre par devant le segneur, car li offres que je li arai fet en derriere ne me vaurroit riens . . . . .; so die sog. Etablissements de Louis Saint I, 162:[21]) et il offrist les deniers à rendre que li achaz li avroit couté et li mostrast les deniers et deist: „prenez que li achaz vos avra couté et contez bien touz les costemenz et je les vos randrai; veez ci l'argent.

So das Livre de Justice et de Plet (Ed. Rapetti) p. 128: et doit l'en offrir les deners en la place.

Oder man verlangte die Deposition der Summe, ließ solche aber auch genügen, so daß ein wiederholtes Anbieten nicht erforderlich war; so insbesondere Ableiges im Grand Coutumier (Ed. Laboulaye Dareste p. 340): Et si l'acheteur est refusant de prendre l'argent, ou pour discord de monnoye ou pour discord de pris, ou aultrement de sa volonté, le retraieur sera tenu de consigner en main de justice et icelle consignation signifier suffisamment audit acheteur . . . . . . Et s'il advenoit qu'il ne feist ledict paiement ou ladicte consignation et signification ledict jour, il perdroit sa cause . . .

Auch die Coutumes und die Coutümisten sind getheilt; die Hinterlegung gilt vielfach als Mittel, um sich von der Nothwendigkeit jeden weiteren Angebots zu befreien; namentlich hat diesen Standpunkt energisch Dumoulin vertreten zu a. 126 der Cout. de Vitry: quia consignatio semper loquitur; vergl. auch Brodeau zu a. 140 der Cout. von Paris, und die Citate bei Roussaud de Lacombe, Recueil sub v. retrait p. 598f. Andere ließen die Konsignation der Summe nicht zu und verlangten, daß das Angebot bei jedem Prozeßakte wiederholt werde, so daß der huissier, der procureur, der plädirende Advokat stets die Börse mit dem Lösungsgeld in der Hand tragen mußte! So Auroux des Pommiers zu a. 428 der Cout. de Bourbonnais (nr. 20); so Duplessis, Oeuvres I p. 292.

[21]) Ed. Viollet II p. 301f.

Die Coutumes selbst sind sehr mannigfaltig. Man vergleiche beispielsweise Auvergne (1510) ch. 23 a. 4: Le droit du lignager qui veut retraire ou retenir la chose vendue par son lignager est conservé et perpetué en consignant par luy, dedans ledit temps de trois mois, judiciellement ou en main tierce hors jugement, partie presente ou appellée en personne ou domicile, le sort principal et quelque somme pour les loyaux coustemens, par protestation de suppleer ou recouvrer; Vitry (1509) a. 126: n'estoit qu'ils (sc. deniers) fussent mis, dès le commencement de la cause en depost en main de justice; ähnlich Troyes (1509) a. 151; Chaumont X a. 112: et doivent iceux deniers demourer consignez jusques à fin de cause, ou que par justice autrement en soit ordonné; autrement, si ledit retrayant, après la presentation réelle d'iceux deniers faite ne les veut consigner et laisser en justice, il est tenu de les rapporter à chacune journée, jusques à ce qu'il les consignera reaument, à peine de perdition de cause; Artois (1509) a. 87: sur le refus de les recevoir .... lesdits retrayants doivent consigner lesdits ... deniers ... en la main du juge ..., und ebenso die Cout. v. 1544 a. 131.

In der Coutume von La Marche (1521) a. 261 muß der Loser treize pièces de monnoye consigner judiciellement ... et cela suffist ... sans autre réelle consignation du prix.

Vergl. auch noch Bourbonnais (1521) a. 428, Paris (1510) a. 177 und Paris (1580) a. 140, Normandie (1583) a. 491, 492, 497.

Die deutschen Praktiker helfen meist mit Deposition; so vor allem Stryck, IX Disput. 24 c. 4 (Ed. Florent. IX 1840 p. 832f.): quod si realem pretii et expensarum oblationem pars adversa respuat, tutissimum pro consequenda actione in rem venditam cum omni causa remedium erit solemnis depositio, quae ut effectu suo potiatur, consultum erit, ut jussu judicis competentis totius pretii summa in judicio, opportuno loco et tempore, citato emptore vel venditore, cui solutio facienda fuit, deponatur et in deposito remaneat. Vergl. ferner Walch, Näherrecht S. 219f.

Von Pfandlösungen, wo es sich zugleich um Schuldtilgung handelt, ist unten (S. 207, 216f., 274) zu sprechen.

Aus dem Prinzip ergiebt sich ferner, daß, wenn der Schuldner zur Leistung weder verpflichtet, noch berechtigt ist, von einem Annahmeverzug nicht die Rede sein kann; so insbesondere dann, wenn eine Verpflichtung zur Leistung erst mit einer Willenserklärung des Gläubigers eintritt: hier ist der Schuldner vorher nicht verpflichtet, er ist nur in der Lage, nach Belieben des Gläubigers verpflichtet zu werden.[22]) Dieses Verhältniß habe ich bereits im Archiv f. bürgerl. Recht II S. 217 Note 1 angedeutet, und Karl Adler (Jahrb. f. Dogmat. XXXI S. 242f.) hat darüber weitere Entwickelung gegeben: bei solchen Verträgen, welche ein Recht si volet ergeben, ist von einem Annahmeverzug ebenso wenig die Rede, als bei der Offerte; diese unterscheidet sich von einem solchen Vertrage allerdings dadurch, daß sie einen einseitigen Rechtsakt darstellt, zeigt aber insofern mit ihm Verwandtschaft, als die Offerte, an die der Antragende gebunden ist, auch ein si volet-Recht des anderen Theils erzeugt; nur erfolgt bei der Offerte die Ausübung des velle in der Form der Offerteannahme, beim si volet-Vertrag nach Maßgabe der Vertragsbestimmungen.

Von einem Annahmeverzug kann hier nicht die Rede sein, denn der Schuldner hat hier keine rechtsgeschäftliche Situation, daß er auf die Mitwirkung des anderen Theils zählen kann; vielmehr ist absichtlich ein Schwebeverhältniß geschaffen, das solange dauert, bis eine vertrags- oder gesetzmäßige Lösung eintritt.

§ 4.

Den bisherigen Entwickelungen scheint nun eine Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu widersprechen, die sich in ähnlicher Weise in andern modernen Civilgesetzen findet, § 433,[23]) wo es heißt: „Der Käufer ist verpflichtet, ... die gekaufte Sache abzunehmen".

Aehnlich für den Werkvertrag § 640: „Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen" . . . . . .

Man folgert daraus eine Vertragshaftung, und verschiedene Autoren meinten, es sei damit die Annahmepflicht des Gläubigers geradezu

[22]) Eine gewisse Analogie bieten die oben S. 153 besprochenen Verträge.

[23]) Vergl. (altes) H.G.B. a. 346; Preuß. L.R. I, 11 § 215 (woher die verfehlt gefaßte Bestimmung zu rühren scheint), Oesterr. Gesetzbuch § 1062, Schweizer Oblig.R. a. 260.

statuirt.[24]) Man bezieht sich auch auf die Vorarbeiten (vergl. Motive II S. 317 f.) — doch darauf lasse ich mich nicht ein: der Gesetzgeber hat nur durch das Gesetzeswort gesprochen.

Manche Autoren wollen dies auch prinzipiell rechtfertigen: eine solche Annahmepflicht sei unentbehrlich. Namentlich sind es Praktiker gewesen, welche gemeint haben, ohne dieses Mittel nicht auskommen zu können; nun nehme ich sehr gern von Praktikern Belehrung an, wenn sie aus ihrer praktischen Erfahrung das Material der juristischen Beobachtung bereichern; andererseits muß ich hervorheben, daß eine tiefere Behandlung der Probleme in der Jurisprudenz wie in der Medizin, dem Theoretiker vorbehalten ist und der Praktiker, wenn er konstruirt, leicht Gefahr läuft, an der Oberfläche der Erscheinungen stehen zu bleiben; ja es muß gesagt werden: unsere Wissenschaft, allerdings das Civilrecht weniger, als das Prozeß- und Strafrecht, leidet an den oft recht dürftigen Konstruktionen oder konstruktionslosen Rechtsausführungen von Praktikern — wobei natürlich für den Unterschied zwischen Praktiker und Theoretiker nicht die Berufsstellung, sondern die angeborene Bestimmung und erworbene Denkrichtung maßgebend sind.

Die Deduktion, welche Praktiker, wie Barkhausen, Sprenger u. a.[25]) aufgestellt haben, ist folgende: handelt es sich um einen Verkauf, so kann nicht selten der Verkäufer in Verlegenheit kommen, wenn der Käufer die Waare nicht abnimmt; die rechtlichen Mittel, sich der Sache zu entledigen, sind mitunter mangelhaft; mithin muß es als Pflicht des Käufers gelten, den Verkäufer aus seinen Verlegenheiten zu lösen.

Man hat solche Fälle dargestellt, wo etwa der Käufer viele Wagenladungen voll Schlacken abzunehmen hat; noch instruktiver ist das Beispiel, wenn etwa der Verkäufer mit seinem Königstiger oder seiner Brillenschlange ankommt und der andere Theil sie nicht annehmen will. Die Aufbewahrung solcher Bestien ist schwierig, die Zahl der Liebhaber eine sehr geringe, und schließlich bleibt wohl nichts übrig, als den Käufer zur Annahme zu zwingen?

---

[24]) Vergl. Hirsch S. 289 f. Unrichtig auch Fleck, Arch. f. bürgerl. R. XII S. 253 f.

[25]) Barkhausen in Goldschmidt's Zeitschr. XXX S. 33 f., Sprenger in Gruchot's Beiträgen XXXIV S. 592 f.

Fragen wir zunächst: Kann hier nicht der Käufer auf die Lieferung verzichten, indem er sich so behandeln lassen will, als ob geliefert worden wäre, indem er also den vollen Kaufpreis zahlt? Barkhausen hat S. 52f. die Behauptung aufgestellt, der Käufer könne in solchem Falle nicht verzichten; ja selbst wenn beim Vertragsabschluß die Sache so gelagert war, daß der Verkäufer an der Abnahme kein Interesse hatte, könne dieser nachträglich die Abnahme begehren, falls ein solches Interesse späterhin erwachse und nicht von ihm schuldvoller Weise herbeigeführt worden sei. Nehmen wir einen drastischen Fall: ich gewinne in einer landwirthschaftlichen Lotterie eine Kuh. Im allgemeinen wird man nun sagen können, daß ich auf die Kuh verzichten und mich damit der Unbequemlichkeit entziehen kann, mit dieser Kuh in den Straßen Berlins herumzuwandeln und eine Unterkunft zu suchen. Man denke aber, daß nachträglich die Kuh sich als krank erweist: hier könnte ich zur Annahme gezwungen werden, und ich müßte dann sehen, wie ich mich in der Großstadt mit dem bedenklichen Ungethüm abfände, und darüber nachdenken, daß es nicht allenthalben gut ist, etwas zu gewinnen, und daß ich mich das nächste Mal hüten muß, der Dame, die mir das Lotterieloos anempfohlen hat, aus lauter Liebenswürdigkeit das Loos abzunehmen; oder mindestens werde ich es nachträglich verbergen oder vernichten, damit mich niemand an meiner unglücklichen Gläubigerqualität fassen kann.

Die Behauptung, daß der Gläubiger als solcher nicht auf sein Recht verzichten dürfe, werden aber wenige versuchen; ein solcher Grundsatz würde zu tief in das ganze Gefüge des Rechts eingreifen, als daß man ihn annehmen könnte: den Gläubiger an seinem Recht festhalten! ihn zwingen, Vermögen zu haben! Darnach kann Niemand Asket werden, ehe er den verschiedenen Schuldnern ihre Artikel abgenommen hat; und der Temperenzler muß das Fuder Wein annehmen, der zum Christenthum bekehrte Heide seine Götzenbilder, die zur Heilsarmee übergetretene Dirne ihr Dirnengewand; und der Vicar of Wakefield muß das Bild acceptiren, auch wenn es in seinem Hause nicht aufgehängt werden kann; schließlich muß der abgedankte Minister noch seine eben bestellte Galauniform sich ins Haus schicken lassen, und die Mutter, deren Kind eben gestorben, ist verpflichtet, das bestellte Faschingskostüm abzunehmen!

Nun hält man entgegen, eine Annahmepflicht im allgemeinen bestehe



allerdings nicht, wohl aber in dem Fall, wo der Verkäufer ein besonderes Interesse habe, daß er der Sache entledigt werde: das Interesse des Verkäufers schaffe eine Verpflichtung der Abnahme, und dieser Verpflichtung dürfe sich der Käufer nicht entschlagen.

Die ganze Ausführung dieser Praktiker beruht aber auf einem offenbaren circulus vitiosus. Hat der Verkäufer ein Interesse an der Annahme, so kann der Käufer ein Interesse an der Nichtannahme haben — und dieses kann noch viel größer sein. Daß nun der Verkäufer mit seinem Interesse durchdringt, kann man nur rechtfertigen, wenn man eine Annahmepflicht des Käufers statuirt, und so kommt man dazu, vorauszusetzen, was man beweisen will. Es stehen eben entgegengesetzte Interessen im Streit, und im Gegenstoß der Interessen verbleibt es bei dem Alten; der Verkäufer hat allerdings Mittel und Wege, zu seiner Befreiung und zu seiner Gegenleistung zu gelangen; wenn ihm aber der Käufer die Befreiung dadurch erleichtert, daß er auf seinen Anspruch verzichtet, und ihm trotzdem sein Geld ins Haus schickt, so hat er nichts weiter zu fordern; in diesem Widerspiel der Interessen muß er selbst sehen, wie er mit seinen unbändigen Bestien fertig wird. Er hat ein Anrecht auf Befreiung von der Verpflichtung, er hat kein Anrecht darauf, daß jemand ihm seine Schlangen hegt oder seinen unbändigen Elephanten tödtet; und die ganze Argumentation beruht auf einer einseitigen Berücksichtigung der Interessen des Verkäufers, wobei man die Interessen des Käufers ganz übersieht, der schon genug gestraft ist, wenn er sein Geld für ein Nichts hingiebt, und nicht noch verpflichtet sein kann, eine Bestie zu hätscheln oder sich mit auslaufenden Flüssigkeiten, gefährlichen Gasen, tödtlichen elektrischen Batterien und anderen mörderischen Dingen zu befassen, die ihm etwa der Verkäufer trotz seines Verzichts aufdrängen will.

Dabei ist noch eines zu bemerken: der Schuldner hat ein Anrecht auf Befreiung, er hat ein Anrecht auf volle Befreiung. Was das besagen will, zeigt der Fall des Mandatars, Gestors, Verwahrers, der nicht blos dem Rückgabeanspruch aus dem Kontraktverhältniß untersteht, sondern (als Inhaber einer im fremden Eigenthum stehenden Sache) zugleich der rei vindicatio, regelmäßig also der rei vindicatio des dominus oder Deponenten. Würde dieser letztere auf den obligatorischen Anspruch verzichten, ohne sein Eigenthum aufzugeben und die Sache herrenlos zu machen, so wäre der Inhaber immer noch als Inhaber

einer fremden Sache belastet, und diese Innehabung würde Pflichten und Beschwerden mit sich bringen, für ihn, wie für seine etwaigen Rechtsnachfolger; daher ist in solchen Fällen der Schuldner erst dann in der Befreiungssituation, die er vom Rechte beanspruchen kann, wenn der dominus nicht nur auf den Geschäftsanspruch verzichtet, sondern auch die Sache herrenlos macht und den Schuldner vom fremden Eigenthum entlastet. Thut er aber dies, so ist der Schuldner befreit, und mehr kann er vom Gläubiger nicht verlangen.

Die §§ 433, 640 B. G.B. können daher nimmer die Bedeutung haben, dem Käufer das Recht zu nehmen, auf seinen Anspruch (unter Aufrechterhaltung der Gegenleistung) zu verzichten und auf diese Weise den Verkäufer zu befreien. Welche Bedeutung sie sonst haben, kann erst in der Lehre von den Erfüllungssurrogaten (S. 240 f.) erörtert werden.

Dieselben Schwierigkeiten können sich übrigens auch, und in gesteigertem Maße, bei der Fracht, namentlich der Seefracht entwickeln. Warum statuirt man hier keine Abnahmeverpflichtung, keine Abnahmeklage? Hier hilft man durch Hinterlegung oder Verkauf (§§ 437 oder 601 H.G.B., Binnenschifffahrtsgesetz § 52, Verkehrsordnung für die Eisenbahnen § 70, Berner Uebereinkommen a. 19, 24). Insbesondere haben wir für die Eisenbahnen in § 70 der Verkehrsordnung die Bestimmung, daß die Eisenbahn Güter, wenn sie dem schnellen Verderben ausgesetzt sind, oder wenn sie nach den örtlichen Verhältnissen weder eingelagert noch einem Spediteur übergeben werden können, sofort ohne weitere Förmlichkeiten bestmöglich verkaufen darf.

Und hier können die Verhältnisse besonders dringend werden: eine Menagerie kommt an, eine Kollektion lebender Schlangen — dabei gelten allerdings im Eisenbahnverkehr besondere Vorsichtsmaßregeln (§ 44 der Verkehrsordnung); allein alle Vorsichtsmaßregeln können fehlschlagen, und der Frachtführer kann mit seinen Bestien aufsitzen. Hier wird unter Umständen eine einstweilige Verfügung nicht zu entbehren sein, wofür § 72 Verkehrsordnung Anhalt gewährt; aber auch hier zeigt es sich, daß man der Abnahmepflicht nicht bedarf, um sich in schwierigen Fällen zu helfen — denn der § 640 B. G.B. kann auf das Frachtgeschäft, bei dem es auf einen wesentlich immateriellen Erfolg ankommt, keine Anwendung finden (§ 646).

Dem Gesagten ist nun allerdings noch folgendes anzuschließen: Man hat vielfach behauptet, daß unter Umständen die Annahme des Gutes zugleich eine Leistung von Seiten des Gläubigers ist und daß in diesem Fall eine Annahmepflicht bestehe. Auch ich habe schon diese Fassung gebraucht: völlig korrekt ist sie nicht. Man denke z. B. an Fälle, daß ich mich verpflichtet habe, ein Theaterstück anzuhören und darüber eine Kritik zu schreiben, ein Buch zu empfangen, zu lesen und es zu rezensiren. Korrekt ist es nicht zu sagen, man sei in diesem Fall verpflichtet, das Stück oder das Buch über sich ergehen zu lassen, also zu einer Annahmehandlung; korrekt muß es heißen: man ist hier verpflichtet zu etwas, was allerdings diese Annahmehandlung zur Voraussetzung hat. Ich bin nicht verpflichtet, ein Theaterbillet auszunutzen und die Vorstellung anzuhören, aber ich kann verpflichtet sein, eine Kritik zu schreiben, und diese setzt dann allerdings voraus, daß ich volens nolens das Stück höre; ebenso wie ich nicht verpflichtet bin, ein Buch zu lesen, aber es nothwendig lesen muß, wenn ich es zu rezensiren versprochen habe; und wenn ich verpflichtet bin, Modell zu sitzen, so ist damit verbunden, daß ich es über mich ergehen lassen muß, daß der Künstler mich abzeichnet, — aber hier ist man offensichtlich nicht zur Annahme des Zeichnens, sondern zu der das Zeichnen ermöglichenden Leistung verpflichtet — eine Ausnahme von der Regel liegt also nicht vor. Es ist dann ebenso, wie wenn ich mich verpflichtet habe, auf Grund des mir zum Eigenthum übertragenen Materials ein Werk zu machen, z. B. eine Untersuchung anzustellen: allerdings muß ich hier indirekt das Material annehmen, aber nur insofern, als diese Annahme der erste Schritt zur Leistung des Werkes ist.

Solche Beispiele kausaler Verknüpfung giebt das Leben zu hunderten, und ihre falsche Beurtheilung hat nicht verfehlt, in der Lehre Verwirrung anzurichten.

Ist die Probirmamsell verpflichtet, ein bestimmtes Kleid zu tragen, um es damit den Kunden und Kundinnen zu insinniren, so ist sie auch verpflichtet, das Gewand anzunehmen, und ebenso der Schauspieler, der als Don Juan den Champagner trinken und den Pudding essen soll; und der Pianist, der es übernommen hat, auf dem ihm vermietheten Bechstein oder Steinway zu konzertiren, und der Konzertmeister, der versprochen hat, den Konzertsaal einzuweihen, muß den ihm miethweise zur Verfügung gestellten Saal oder Flügel annehmen, um konzertiren

zu können; und wer sich bei einer Festlichkeit verpflichtet hat, gewisse Reklamebilder an seinen Fenstern anzubringen, ist damit von selbst verpflichtet, die Bilder in Empfang zu nehmen, und wer eine bestimmte Stadt beleuchten soll, der muß sich natürlich das nöthige Areal stellen lassen, um seine Beleuchtungsanstalten dort anzubringen.

Eine andere Reihe von Verpflichtungen hat sich im Leben entwickelt in Fällen, wo Annahme und Leistung ganz direkt verbunden sind. Wenn sich jemand anheischig macht, Unrath, Abfuhrstoffe, Abbruchmaterialien, Steine, Schlangen zu entfernen, so können diese Materialien ihm sehr schätzenswerth sein, so daß der Eigenthümer des Grundstücks nicht nur berechtigt ist, die Entfernung dieser Undinge zu verlangen, sondern auch verpflichtet ist, diese Undinge dem Unternehmer zu tradiren, dadurch natürlich, daß er ihm den Eintritt und die Wegnahme gestattet; so daß er dazu gerichtlich angehalten werden kann und Entschädigung leisten muß, wenn er sie einem Dritten tradirt; andererseits ist der Unternehmer nicht nur berechtigt, die bösen und für ihn doch so werthvollen Dinge zu verlangen, sondern auch verpflichtet, das Grundstück davon zu reinigen, und es wäre dem Vertragsverhältniß nicht genügt, wenn er auf die Dinge verzichten und den darin liegenden Werth dem Grundstückseigenthümer preisgeben wollte. Dies beruht auf der Relativität der menschlichen Werthe: was dem einen Gold ist, ist dem anderen Unrath. Das ist der einleuchtende Fall des fr. 9 de act. emt. vend., welches unten (S. 276f.) interpretirt werden soll.

Daher kann es in diesem Falle so sein, daß weder der Unternehmer einen Kaufpreis noch der Grundstückseigner einen Lohn zahlt: der Kaufpreis steckt in dem Werth, den dem Grundstückseigner die Entfernung, der Lohn in dem Werth, den dem Unternehmer das hoc non olet hat. Es kann auch sein, daß der eine oder der andere noch etwas darauf zahlt, — zum deutlichen Beweis, daß hier zwei Geschäfte mit einander verkoppelt sind: das Kaufgeschäft, das die Sache überträgt, und der Werkvertrag, der das Grundstück reinigt; und will man den Fall recht klar juristisch auseinander legen, so konstruire man sich einen Kaufpreis und ein gleich hohes Honorar und lasse beides sich gegenseitig kompensiren. Hiervon soll unten bei Interpretation des fr. 9 noch gehandelt werden.

Ebenso ist zwar oben ausgeführt worden, daß der Porträtirungsvertrag nicht zugleich ein Modellvertrag ist; ein solches ist aber denkbar,

allerdings nur als ausnahmsweiser besonderer Fall: ein Frauenzimmer läßt sich von einem Maler porträtiren, um das Porträt für sich zu haben, der Maler bedingt sich zugleich, daß er das Bild als Modell für eine Gruppe benutzen darf u. s. w.

Etwas anders geartet ist eine Reihe von Geschäften, auf die ich m. W. zuerst in Deutschland hingewiesen habe,[26]) nachdem sich die französische Litteratur und Praxis mit ihnen längst beschäftigt hatte, ohne aber das Verhältniß in das Rechtssystem richtig einzugliedern. Wer einen Gegenstand miethet, kann nicht nur zur Annahme der Miethsache gehalten, sondern auch verpflichtet sein, mit der Sache in gewisser Weise zu verfahren — in einer Weise, die sich zwar einerseits als Gebrauch der Sache darstellt, auf der anderen Seite eine Leistung für die Sache enthält: der Miether eines Pferdes verpflichtet sich, es einzureiten, es regelmäßig zu benutzen, damit es gut eingeschult wird, und der Inhaber eines Restaurants überläßt dieses einem tüchtigen Koch, der Inhaber eines schwer traktirbaren Grundstücks einem tüchtigen Landwirth zur Pacht, beides zu sehr geringem Preis, in der Absicht, daß der Koch das Restaurant in Aufnahme bringe oder der Pächter dem Grundstück über die ersten Jahre hinweghelfe. Hier ist, wie oben, Vortheil und Pflicht verbunden, und der Uebernehmer des Restaurants gleicht einem Verwalter, dem man die Einkünfte einstweilig überläßt, der Pächter dem Landaufseher, dem die Früchte einer bestimmten Periode als Belohnung zukommen.

Dies sind aber ausnahmsweise Konjunkturen, deren Besonderheit im einzelnen Falle dargelegt werden muß.

Aber auch bei der gewöhnlichen Miethe oder Pacht eines Geschäftsetablissements wird in Betracht kommen, daß es nicht nur ein Interesse des Pächters ist, das Geschäft zu betreiben, daß vielmehr auch der Grundstückseigner, dessen Grundstück vielleicht in der besten Geschäftsgegend liegt, in dessen Haus von jeher ein solches Geschäft geführt wurde, daran interessirt ist, daß das Geschäft ordnungsmäßig fortbetrieben wird und nicht eine Unterbrechung erfährt in einer Weise, daß sich das Geschäftspublikum nach anderer Richtung lenkt. Derartige Fälle kommen vielfach vor: manche Anlagen haben ihre Zeiten der Krisis, so daß der Pächter es gerathen fände, die Bude zu schließen und sich irgendwo

[26]) Arch. f. civ. Praxis Bd. 71 S. 397 f.

sonst anzusiedeln; andere sind im sichtlichen Niedergang, wenigstens kann der Pächter sie nicht recht aufrecht erhalten; es ist auch schon vorgekommen, daß ein Konkurrent durch einen Mittelsmann in die Pacht eingetreten ist, in der Absicht, das Geschäft systematisch zu vernichten und zum Verderb zu bringen.

In diesen Fällen liegt die Sache nun nicht so, daß der Pächter verpflichtet ist, das Geschäft ordnungsmäßig zu betreiben, denn ihm ist keine individuelle Aufgabe gestellt, wie im vorigen Fall: er kann das Geschäft jederzeit aufgeben, er ist kein Dienstleister des Grundeigners, auch nicht indirekt, — aber er darf die Gewerbestätte, wenn er sie aufgiebt, nicht dem Grundeigner vorenthalten; er muß, wenn er sie aufgiebt, die Räumlichkeiten ihrem Grundeigner zur Verfügung stellen, damit dieser selbst oder durch einen anderen das Geschäft weiter betreibe; und er muß es so rechtzeitig thun, daß ein in thesi ununterbrochener Betrieb möglich ist: der Pächter ist nicht verpflichtet, das Grundstück zu benutzen, auch nicht das Geschäft zu betreiben, aber er ist verpflichtet, wenn er nicht benutzt und nicht betreibt, dem Grundeigner die Möglichkeit zu geben, für die Sache zu sorgen: ebenso wie der Miether eines Pferdes, auch wenn er es nicht benutzt, nicht berechtigt ist, es verkümmern, der Pächter eines Gartens nicht berechtigt ist, ihn austrocknen zu lassen. Stellt er aber rechtzeitig, natürlich unter Angebot der vollen Mieth- oder Pachtzahlung, die Sache dem Eigner zu Gebot, so ist er frei, und es wird ihm noch vergütet, was durch anderweitige Inbestandgabe der Sache verdient wird.

Die Charakteristik des Verhältnisses ist offensichtlich: wenn die Pacht einer Sache so gestaltet ist, daß der Pächter mit der Nutzung die Pflicht übernimmt, gewisse Lasten der Sache, z. B. die Instandhaltung des Betriebes zu tragen, so ist allerdings der Pächter zu diesen Lasten nicht in erster Reihe verpflichtet: er ist nur, wenn er die Pacht ausübt, verpflichtet, diese Lasten als Lasten des Genusses zu übernehmen; oder richtiger gesagt, er darf nur benutzen unter entsprechender Pflege der Sache: verzichtet er auf den Genuß, so obliegt ihm nicht die Pflege der Sache, er muß aber die Sache der Pflege des Verpächters wieder anheimgeben: m. a. W. er ist der Pflege der Sache nur enthoben, wenn er 1. nicht benutzt und 2. die Sache dem Verpächter zur Pflege zurückstellt.

Damit dürften die Fälle, wo scheinbar das Recht der Annahme eine Pflicht der Annahme ist, ihre Erledigung gefunden haben.

2. Voraussetzungen des Gläubigerverzugs.

§ 5.

Annahmeverzug liegt dann vor, wenn der Gläubiger die vom Schuldner gemachte Leistung nicht in sein Vermögen oder in seine Individualität übergehen läßt — es handelt sich ja um Vermögen im weitesten Sinne. Annahmeverzug ist es, wenn ich die gekaufte Sache nicht annehme, wenn ich den gemachten Frack nicht übernehme; Annahmeverzug ist es, wenn ich nicht in die gemiethete Wohnung einziehe, wenn ich nicht ins Konzert komme oder wenn ich beim Vortrag einschlafe.

Lange Zeit hat man den Annahmeverzug hierauf beschränkt und so die Materie höchst einseitig und ungenügend behandelt.

Annahmeverzug liegt aber auch dann vor, wenn der Gläubiger nicht etwa im Empfang der Leistung, sondern darin säumig ist, die Bedingungen zu setzen, die erfüllt sein müssen, damit die Leistung in obligationsgemäßer Weise erfolgen kann.

Diese Bedingungen können verschieden sein: entweder ist die Leistung ohne sie überhaupt nicht möglich, oder sie ist zwar möglich, sie ist aber dem Schuldner nicht zuzumuthen, bevor der Gläubiger das seinige gethan hat, so daß ein Erfüllungsverlangen ohne dieses ein Zuvielverlangen wäre.

Fälle ersterer Art kommen namentlich beim Werkvertrag vor: der Gläubiger muß den Boden zum Bauen, das Lokal zum Arbeiten liefern. Davon wird noch unten (S. 252 f.) die Rede sein. Ferner beim Versicherungsvertrag: der Versicherte muß die Sache, wenn sie nicht schon an sich der Gefahr unterliegt, der Gefahr aussetzen, sonst kann der Versicherer diese Gefahr nicht übernehmen.

Zwei Fälle aber sind allgemeiner Natur und haben ein sehr erhebliches juristisches Interesse.

Der eine Fall ist, wenn der Leistung eine Wahl des Gläubigers vorhergehen muß (vergl. § 264 B. G.B.). Die Folge der unterlassenen Wahl des Gläubigers kann eine doppelte sein; die eine Möglichkeit ist der Uebergang des Wahlrechts auf den Schuldner, die andere Möglichkeit ist, daß der Schuldner seine Leistung, weil der Gläubiger nicht wählt, als hierdurch unmöglich gemacht erklärt und in Folge dessen sich so verhält, als ob der Gläubiger seine Leistung verhindert oder nicht angenommen hätte.

Von diesen zwei Behandlungsweisen ist die erstere die Regel; sie findet sich in unserem Rechte in manchen Fällen, ohne daß dies bis jetzt zum Bewußtsein gekommen zu sein scheint. Wenn das Schiff verfrachtet ist und der Befrachter die Bestimmung des Platzes hat, an dem das Schiff zur Beladung anlegen soll, so kann der Frachtführer, falls eine Anweisung nicht erfolgt oder falls eine undurchführbare Anweisung erfolgt, das Schiff an einem der ortsüblichen Plätze anlegen; und ebenso verhält es sich mit dem Löschungsplatze, §§ 27, 40, 46 des Binnenschifffahrtsges. cf. §§ 560, 592 H.G.B.: also die Auswahl des Anlegeplatzes geht auf den Frachtführer über.

Sonst hat man den Uebergang des Wahlrechts vom Gläubiger auf den Schuldner für das gemeine Recht bestritten; zu Unrecht (vergl. meine Abh. S. 359 f.): auch abgesehen von allen Erörterungen der Quellenstellen, die trotz der Verschiedenheit der Ausgangspunkte auf diesen einen Gedanken zusammenlaufen,[27]) muß man sagen: Bei einer Obligation mit Wahlrecht des **Schuldners** ist eine Exekution gar nicht anders möglich, als daß in irgend einer Weise contra debitorem gewählt wird, und läßt man in solcher Weise wählen, so kann nur die Wahl eines

[27]) Man hat geltend gemacht: wenn eine Mitwirkungspflicht des Gläubigers nicht besteht, so hätten alle Einrichtungen, welche dazu dienen, den Schuldner von der fortbestehenden custodia-Pflicht zu befreien, einen durchaus singulären Charakter (**Hirsch** S. 159). Das ist unrichtig, denn auch ohne Mitwirkungs**pflicht** ist es ein **Recht** des Schuldners, daß ihm in irgend einer Weise Befreiung zu Theil wird — dieses Recht enthüllt sich allerdings nicht als Anspruch gegen den Gläubiger, sondern als Postulat an die Rechtsordnung —; daher müssen diese Befreiungsmaßregeln ebenso sehr analog ausgedehnt werden, wie andere ähnliche Befreiungsinstitute. Man hat ferner geltend gemacht, daß die Quellen keine Uebertragung des Wahlrechts vom Leistungsberechtigten auf den Leistungsverpflichteten kennen; allein sie kennen eine völlige Kassirung des ganzen Rechtsanspruchs Mangels der Ausübung des Wahlrechts beim Optionslegat, und gegenüber dieser Kassirung ist die Uebertragung des Wahlrechts auf den Schuldner ein minus (Wenigerleistung statt Nichtleistung); sie kennen einen Uebergang des Wahlrechts vom Schuldner auf den Gläubiger in fr. 2 § 3 de eo quod certo loco, sie kennen eine analoge Aushülfe in analogen Fällen: wie bereits bemerkt, statuirt das Frachtrecht derartige Uebergänge. Es ist darum eine sehr unfreie Behandlung des gemeinrechtlichen Quellenmaterials, wenn man trotz dieser Ansätze gegen alles praktische Bedürfniß den Uebergang des Wahlrechts verneint hat — eine unfreie Behandlung, die allerdings typisch ist für gewisse Richtungen, die im Romanismus bis in die letzte Zeit herrschten, und die durch das Bürgerliche Gesetzbuch nun wohl für immer zu Grabe getragen sind.

dritten Unparteiischen in Betracht kommen (der große Bedenken entgegenstehen) oder die Wahl des Gläubigers. Warum sollte nun in unserem Falle nicht ein gleicher Uebergang in umgekehrter Weise vom Gläubiger auf den Schuldner stattfinden? Allerdings verschiebt dies die Situation insofern, als nun nicht das vertragsmäßig gesicherte Interesse des Wahlberechtigten, sondern das vielleicht ganz entgegengesetzte Interesse des Gegners in Betracht kommt. Allein man denke sich in die Situation: der Gläubiger wählt nicht; also betrachtet man entweder das ganze Recht des Gläubigers als erloschen, oder man läßt den Schuldner wählen: hier wird noch der Uebergang des Wahlrechts auf den Schuldner das mildere und geeignetere sein. Und wenn man entgegenhält, daß hiermit der Annahmeverzug, der doch kein Verschulden voraussetzt, zu hart behandelt werde,[28]) so ist dies unzutreffend, denn der Uebergang des Wahlrechts auf den Schuldner braucht ja nicht sofort mit dem Annahmeverzug einzutreten; hat doch auch sonst der Schuldner seine Erfüllungssurrogate, wenn sie dem Gläubiger verhängnißvoll sind (wie die Preisgebung der Sache u. s. w.), regelmäßig erst, nachdem er den Gläubiger nochmals ernstlich gemahnt und ihm die schweren Folgen angedroht hat; und so versteht es sich auch hier, daß der Schuldner dem Gläubiger zuerst eine Androhung zukommen lassen muß, und das Wahlrecht geht erst über, wenn der Gläubiger sich nach allem diesem nicht rechtzeitig geäußert hat; dies ist denn nun auch die vom Bürgerlichen Gesetzbuch § 264 angenommene Norm, und so mußte wiederum durch die Gesetzgebung der unfreie Stand der Jurisprudenz, den ich bekämpfte, überwunden werden.

Zu dieser Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist noch folgendes zu bemerken: die Fristsetzung an den Gläubiger zur Ausübung des Wahlrechts ist Willenserklärung; auf sie finden die Regeln über Willenserklärung Anwendung, so insbesondere auch der § 132 B. G.B.: die Unterlassung wegen „Unthunlichkeit" ist hier nicht (wie in §§ 374, 384) vorgesehen.

Ein Hauptfall eines solchen Wahlrechts des Gläubigers ist nun der Fall des Spezifikationskaufs, namentlich im Eisenhandel, wenn die Parteien übereinkommen, daß der Käufer die vertragsmäßig perfekte Bestellung nach bestimmter Richtung hin spezialisiren dürfe; wobei dann der

---

[28]) Vergl. Oertmann, Arch. f. civ. Praxis Bd. 85 S. 220.

Preis sich nach der getroffenen Wahl verschieden stellt. Wählt hier der Käufer nicht, so liegt Annahmeverzug und nur Annahmeverzug vor: auf Vornahme der Wahl kann darum nicht geklagt werden. Man hat dies bestritten, weil hier der Käufer nicht nur zu bestimmen habe, was abzunehmen, sondern auch was zu bezahlen ist, er mithin nicht nur die Abnahme, sondern auch die Zahlung in suspenso setze, also auch gegen seine Zahlungspflicht verstoße.[29]) Dies ist aber unrichtig: die Wahl bezieht sich nur auf das Abzunehmende, die Höhe des Preises ist die nothwendige Konsequenz der Wahl: bin ich gehalten, die Sache A. zu 1000 oder die Sache B. zu 2000 zu wählen, so ist die Höhe der Geldschuld von selbst die Folge der Art und Weise meiner Annahme; ganz ähnlich, wie, falls ich die Sache A. auf Probe kaufe, die Pflicht oder Nichtpflicht der 1000 Mk. davon abhängt, ob ich die Sache A. will oder nicht: die Verpflichtung 1000 oder 2000 zu zahlen ist gar keine Alternativpflicht, hier handelt es sich nur um ein plus oder minus, die Alternative liegt nicht in der Summe, sie liegt im Gegenstand A. oder B.; die Lösung dieser Alternative von Seiten des Käufers ist eine Wahl und zwar eine der Leistung vorhergehende Wahl, eine Wahl, welche die Voraussetzung der Leistung des Verkäufers bildet, mithin eine Annahmethätigkeit, welche den Regeln dieser folgt.

Und was soll eine Klage auf Spezifikation? Sie führt nach der recht problematischen Auslegung des § 769 C.P.O., die Oertmann S. 225 vertritt, dahin, daß schließlich in der Exekutionsinstanz das Wahlrecht auf den Verkäufer übergeht: so hat man auf Grund eines kostspieligen und langwierigen Prozesses, was, nach unserer obigen Ausführung, der Verkäufer schon ohne Prozeß hat auf bloße Aufforderung hin; überflüssige Prozesse aber sind kein Vortheil.

Denn die richtige Entscheidung ist auch hier, daß der Verkäufer den Käufer zur Wahl auffordern kann mit der Rechtsfolge, daß sonst das Wahlrecht auf ihn übergeht. Bestimmt der Käufer nicht, wie es ihm bequem ist, so geht die Sache nach der Bequemlichkeit des Verkäufers.[30])

---

[29]) Vergl. Oertmann, Arch. f. civ. Praxis Bd. 85 S. 221 f.

[30]) Auf die recht problematische Praxis gehe ich nicht ein (vergl. hierüber Hirsch und Oertmann), da der Streit nunmehr durch die Revision des H.G.B. in sachdienlicher Weise erledigt worden ist. Bemerken will ich nur noch, daß ein Selbsthülfeverkauf in der Art, daß der nunmehrige Käufer das Wahlrecht mit

Dies ist die eine Behandlung. Schon aus dem obigen geht hervor, daß es nicht die einzig mögliche ist. In der That hat diese Behandlung folgenden großen Nachtheil. Ist der Käufer im Spezifikationsverzug, so wird die Sache meist so liegen, daß er auch nach erfolgter Verkäuferspezifikation nicht annimmt, so daß schließlich die Waare da ist, der Käufer sie nicht acceptirt, und der Verkäufer es trotzdem am bequemsten findet, vom Vertrag zurückzutreten und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern. Das ist ein wirthschaftlich wenig erfreuliches Resultat.

Es muß darum gestattet sein, zur zweiten Möglichkeit zu greifen, die soeben (S. 183) angedeutet ist; der Verkäufer sagt nicht: weil Du nicht wählst, so wähle ich und ermögliche dadurch die Leistung, sondern: weil Du nicht wählst, betrachte ich Dich, als habest Du meine Leistung nicht angenommen und nicht bezahlt, trete also vom Vertrag zurück mit den entsprechenden rechtlichen Konsequenzen.

Dies ist nun auch die Behandlung, welche in der Revision des Handelsgesetzbuchs angeordnet ist.

Es heißt hier in § 375:

„Ist bei dem Kaufe einer beweglichen Sache dem Käufer die nähere Bestimmung über Form, Maß oder ähnliche Verhältnisse vorbehalten, so ist der Käufer verpflichtet, die vorbehaltene Bestimmung zu treffen.

Ist der Käufer mit der Erfüllung dieser Verpflichtung im Verzuge, so kann der Verkäufer die Bestimmung statt des Käufers vornehmen oder gemäß § 326 des Bürgerlichen Gesetzbuchs Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder vom Vertrage zurücktreten. Im ersteren Falle hat der Verkäufer die von ihm getroffene Bestimmung dem Käufer mitzutheilen und ihm zugleich eine angemessene Frist zur Vornahme einer anderweitigen Bestimmung zu setzen. Wird eine solche innerhalb der Frist von dem Käufer nicht vorgenommen, so ist die von dem Verkäufer getroffene Bestimmung maßgebend."

Gegen diese Fassung hätte ich allerdings einiges einzuwenden. Was den Uebergang der Wahl betrifft, so zöge ich es vor, wenn einfach der § 264 Abs. 2 des B.G.B. zur Anwendung käme. Warum den Verkäufer zwingen, eine Wahl zum voraus anzubieten, und ihn

erwirbt, nur in sehr engen Grenzen als sachgemäß und statthaft erachtet werden kann (Aufsatz S. 359); außerhalb dieser Grenzen führt ein solcher Verkauf zu sehr zweifelhaften Resultaten.

während der ganzen Frist daran gebunden zu halten, während sich doch vielleicht die Verhältnisse im Lauf der Frist sehr umgestalten und eine anderweitige Wahl als vortheilhafter erscheinen lassen? — die Motive (S. 193) sagen: um „das Interesse des Käufers thunlichst zu wahren"; allein gewiß ist es doch hier eher der Verkäufer, der das Interesse der Rechtsordnung verdient.

Sodann ist es eine civilistische Unrichtigkeit, davon zu sprechen, daß der Käufer zur Vornahme der Wahl verpflichtet sei, und eine solche civilistische Trübung wäre um so mehr zu vermeiden gewesen, als das Bürgerliche Gesetzbuch in dieser Beziehung ein klares Bild giebt. Allerdings viel schaden wird diese juristische Inkorrektheit nicht. Denn wer in aller Welt wird nach Eintritt dieses Artikels diesen Passus beim Wort nehmen und den Käufer auf Spezifikation verklagen! um etwa nach einem langwierigen Prozeß glücklicherweise so weit zu sein, daß dieser als wahlverpflichtet erklärt und bei Nichterfüllung dieser Pflicht sodann die Wahl in der Weise, wie oben beschrieben, auf den Verkäufer übergewälzt wird! wo man doch diese Ueberwälzung schon ohne Prozeß und ohne Kosten kraft Gesetzes haben kann — oder etwa um im Exekutionsverfahren die nicht erfüllte Wahlpflicht in eine Interessenhaftung umwandeln zu lassen, während sich doch diese Umwandlung bereits ohne prozessuale Mittel auf dem Wege des Civilrechts, durch den civilrechtlichen Akt des § 326 B. G.B., vollzieht.

An unnöthigen Prozessen haben wenige Interesse; daß darum von der Klage auf Spezifikation viel Gebrauch gemacht wird, ist nicht zu erwarten.

Ein anderer Fall eines solchen Annahmeverzugs durch Nichtvornahme einer Gläubigerhandlung ist es, wenn der Gläubiger die Rechnungsstellung unterläßt, welche die Voraussetzung der Zahlung ist durch Bestimmung der Höhe der zu zahlenden Summe. Hier kann der Schuldner durch Feststellungsklage die Fixirung der Schuldhöhe erreichen: das ist dann keine Klage gegen den Gläubiger auf Vornahme seines Thuns, sondern eine Klage auf gerichtliche Feststellung des zweifelhaften Verhältnisses, beruhend auf dem prozessualen Grund der Unsicherheit und dem prozessualen Interesse an der Klarlegung der Verhältnisse.[31])

---

[31]) Vergl. hierüber Gesammelte Beiträge zum Civilprozeß S. 64 f.

Ein anderer Ausweg ist der, einen außergerichtlichen arbiter zu bestellen, der die Festsetzung in maßgebender Weise vollzieht. Man könnte sich denken, einen solchen arbiter etwa nach Analogie des § 264 B. G.B. dem Gläubiger aufzugeben und, falls dieser innerhalb der Frist dem Ansinnen nicht entspricht, ihn mit Rechtswirkung selbst zu ernennen. Das wäre bedenklich; ich glaube nicht, daß die Praxis darauf eingehen würde. Für sicherer halte ich es, einen solchen arbiter durch einstweilige Verfügung bestellen zu lassen, der dann in maßgebender Weise die Schuldsumme bestimmt, worauf der Schuldner hinterlegen kann.

Frühere Rechte hatten bisweilen die energische Bestimmung, daß, im Fall des Verzugs in der Rechnungslegung des Gläubigers, das Recht verwirkt werde, allerdings nur in Fällen eklatanten ungerechtfertigten Verzuges, wobei die subjektiven Momente mit in Rücksicht kamen: aber — es handelte sich hier eben nicht um die Folgen des bloßen Annahmeverzugs, es handelte sich um Kassirung des Rechts. So im althamburger Recht, im Codex III bei Hach (das alte lübische Recht) a. 344 p. 512:

Leghe en man seck unde is he schuldich unde sent he boden deme he schuldich is unde wil mit em rekenen, unde wil de andere nicht to em komen, unde sterft he: syne erven en scholen van der schult kene not lyden; dat en were also dat de man seck were offte nicht gan en mochte ofte nicht to hus en were; unde mocht he des tugen, he blyft des ane schaden.

Soweit die Fälle, wo der Schuldner ohne das Annahmehandeln des Gläubigers nicht regelrecht erfüllen kann.

In anderen Fällen kann er erfüllen, es ist ihm aber die Erfüllung nicht zuzumuthen.[32])

Ein Beispiel ergiebt sich aus § 368 B. G.B.: der Schuldner braucht nur gegen Quittung zu zahlen; davon soll unten (S. 245) gehandelt werden.

Ein anderes sehr einleuchtendes Beispiel bietet bereits das Röm. Recht in fr. 10 § 1 de rescind. vend.: es ist beim Kauf bedungen, daß der Käufer wegen Eviktionsgefahr einen Theil des Kaufpreises zurückbehalten darf, bis dafür Kaution geleistet ist; dem Vertrag wird

[32]) Zu eng daher Schweizer. Oblig.Recht a. 106: „oder die Vornahme der ihm obliegenden Vorbereitungshandlungen, ohne welche der Schuldner zu erfüllen nicht im Stande ist, ungerechtfertigter Weise verweigert."

die Verwirkungsklausel beigefügt. Hier ist der Verkäufer bezüglich des bezeichneten Theiles des Kaufpreises im Annahmeverzug, wenn er die Kaution nicht leistet: denn dem Schuldner kann in dieser Beziehung Zahlung ohne Kaution nicht angesonnen werden; darum tritt, wenn er nicht zahlt, die Verwirkung nicht ein: non per eum stetit, quominus solveretur. So auch Scaevola: si convenisset, ut non prius pecunia solveretur quam fidejussor venditi causa daretur nec id factum esset, cum per emptorem non staret, quominus fieret, non posse posteriorem legis partem (die clausula commissoria) exerceri.

Eine solche Gläubigerthätigkeit, ohne welche die Erfüllung nicht angesonnen werden kann, liegt aber auch dann vor, wenn Leistung Zug um Zug bedungen ist. Dies kann in doppelter Weise geschehen: entweder der Gläubiger ist nicht verpflichtet Zug um Zug zu leisten, so daß er nicht darauf belangt werden kann, aber das Verhältniß liegt so, daß er nur gegen Gegenleistung fordern darf; z. B. A. ist kraft Schenkungsvertrags verpflichtet, mir das Grundstück zu übertragen gegen Sicherstellung der Erfüllung einer Auflage: hier bin ich im Annahmeverzug, wenn ich die Sicherstellung nicht leiste; ich bin im Annahme-, nicht im Leistungsverzug, denn es steht mir zu, die Vollziehung der Schenkung abzulehnen, womit die Auflage zerfällt; vergl. B. G.B. § 525 verb.: „wenn er seinerseits geleistet hat".

Oder es ist so: wie der Schuldner, so ist auch der Gläubiger verpflichtet, Zug um Zug zu leisten, d. h. jeder Theil ist bezüglich der Leistung des Andern Gläubiger, bezüglich seiner Leistung Schuldner; dann hat die Leistung eines Jeden einen doppelten Charakter: sie ist Erfüllung seiner Verbindlichkeit, sie ist aber zugleich die Voraussetzung, unter der allein er die Erfüllung des Andern begehren kann: sie ist Erfüllung und Annahmehandlung; und wer daher in solchem Falle nicht leistet, ist in doppeltem Verzug, er ist im Verzug der Erfüllung und ist im Verzug der Annahme, und es kann ihn daher der nichtsäumige Theil als zahlungs- und als annahmesäumig behandeln.

Diesen interessanten Fall des Annahmeverzugs habe ich m. W. zuerst in meiner Abhandlung (S. 283) aus Licht gezogen und daraus wichtige Konsequenzen entwickelt. Das Bürgerliche Gesetzbuch ist in § 298 gefolgt. Er ist namentlich insofern bedeutsam, als möglicher Weise die Voraussetzungen des Erfüllungsverzugs (Verschuldung u. s. w.) nicht vorliegen, wohl aber die des Annahmeverzugs: Ich soll dem Beklagten



gegen Zahlung einer vom 1. März an verzinslichen Summe im Mai eine Arbeit liefern in der Art, daß die Summe bei Ablieferung der Arbeit bezahlt wird; bin ich mit der Ablieferung säumig, so kann dies ein Leistungsverzug sein, sofern mich ein Verschulden trifft; bin ich aber schuldlos im Rückstand, so liegt kein Leistungsverzug vor (§ 285 B. G.B.), wohl aber Annahmeverzug in Betreff der zu zahlenden Summe; was die Folge hat, daß von nun an die Verzinsung aufhört.

Als Erfüllungssurrogat dient in solchem Falle die Hinterlegung in der bedingten Form, d. h. die Hinterlegung, wonach der Gläubiger das Depot nur gegen Gegenleistung erhalten soll, § 373 B. G.B.: also der Schuldner hinterlegt die Summe, wird (wenn er auf das Rücknahmerecht verzichtet) frei, der Gläubiger aber kann die Summe nur in Empfang nehmen, wenn er seine Leistung gewährt; vergl. damit §§ 274, 322, und bezüglich des Nachweises der nachträglich erfolgten Leistung § 380 B. G.B. Darüber ist unten S. 210f. zu handeln.

§ 6.

Ein weiterer Fall des Annahmeverzugs liegt vor, wenn der Gläubiger abwesend ist und darum nicht annehmen kann;[33]) oder wenn über die Person des Gläubigers objektive Ungewißheit besteht: denn dann verhält es sich ebenso, wie wenn einstweilen kein Gläubiger vorhanden, die Schuld also einstweilen gläubigerlos wäre: das aber wäre natürlich der Gipfel des auf Gläubigerseite bestehenden Annahmehindernisses: die Schuld oder Unverschuldetheit auf Gläubigerseite kommt ja nicht in Betracht.

Solche Fälle objektiver Ungewißheit liegen beispielsweise vor nach § 432 und 2039 B. G.B.: bei untheilbaren Forderungen hat die Leistung an alle Gläubiger bezw. an den Gläubiger zu erfolgen, der nach der zwischen ihnen zu treffenden Bestimmung die Sache haben soll; ebenso ist bei Miterbschaft einstweilen nicht zu bestimmen, welchem Miterben das gezahlte Gut zukommen wird. Solche Fälle treten aber ferner ein bei Aufgebot eines Hypothekenbriefs (§ 1171 B. G.B., § 126 Subhast.O.) und ebenso im Frachtrecht §§ 437, 601 H.G.B. u. a.

[33]) Annahmeverzug, und in Folge dessen Aufhören des Zinsenlaufs bei Abwesenheit des Gläubers statuirt auch der Appellhof Gent, 13. August 1884, Pandectes Belges v. Demeure nr. 135.

Das Gleiche gilt, wenn nicht kraft Gläubigermangels oder objektiver Ungewißheit, sondern kraft eines den Gläubiger treffenden Beschlags die Zahlung unmöglich wird; so im Fall des Sicherheitsarrestes, so im Fall des Pfandrechts an der Forderung (§ 1281 B.G.B.), im Fall des Beschlags durch eine Mehrheit von Gläubigern (§ 750 C.P.O.) in Fällen des Nießbrauchs (§ 1077 B.G.B.) u. a.

Ein sehr interessantes Beispiel dieser Art enthalten schon die Quellen, fr. 8 de lege commiss.: es handelt sich um einen Verkauf mit dinglicher Verfallklausel. Am bestimmten Tage fehlte die Verkäuferin und der Käufer ließ dies feststellen und legte das Geld in einem Sack versiegelt bei Seite. Nun trat folgendes ein: posteriore die nomine fisci testato conventum emptorem, ne ante mulieri pecuniam exsolveret, quam fisco satisfaceret (nämlich mulier)[34]: der Fiskus legte auf das Guthaben der Verkäuferin Beschlag. Die Entscheidung ist: non commisisse in legem venditionis emptorem.

Anders verhält es sich im Fall subjektiver Ungewißheit, wenn die Gläubigereigenschaft, an sich bereits objektiv in voller Kraft bestehend, von der Entscheidung thatsächlicher oder rechtlicher Fragen abhängt, von Erbrechtsfragen und anderen.

Ein solcher Fall ist im Bürgerlichen Gesetzbuch besonders hervorgehoben in § 660: sofern bei der Auslobung eine Mehrheit von Prätendenten auftritt; andere Fälle werden vielfach vorausgesetzt.

Wohl wird auch in solchen Fällen die Hinterlegung statt der Zahlung gestattet (§§ 372, 660 B.G.B.), allein diese findet dann nicht wegen Annahmeverzugs statt; die Hinterlegung ist in beiden Fällen die gleiche, der Rechtsgrund aber ist verschieden: denn die subjektive Ungewißheit ist ein lediglich in der Person des Schuldners eintretendes Moment, das aber unter Umständen gerechtfertigte Berücksichtigung verdient: man kann dem Schuldner in solchen Fällen nicht zumuthen, sich der Gefahr der Doppelzahlung zu unterwerfen; darum ist auch im Prozeß die Möglichkeit der Streitverkündung, der Prinzipalintervention und der Hinterlegung gegeben, § 72 C.P.O.[35]). Vergl. auch S. 199.

---

[34]) Wollte man interpretiren quam fisco satisfaceret emptor, so wäre dies ein Moment, das als bloßes subjektives Zahlungshinderniß des Schuldners ganz bedeutungslos bliebe.

[35]) Ueber diese wichtige Bestimmung vergl. meine Gesammelten Beiträge zum Civilprozeß S. 280 f.



§ 7.

In meiner Abhandlung suchte ich (S. 400f.) durchzuführen, daß eine Oblation, ein Angebot des Schuldners zum Annahmeverzug nicht nöthig sei; daß sie nur dann nöthig sei, wenn nach dem Inhalt der Obligation der Schuldner mit der Leistung beginnen muß, weil sonst von einem Annahmeverzug in normalen Fällen nicht die Rede sein kann; daß jedoch auch hier von dem Leistungsversuch Abstand genommen werden müsse, wenn der Gläubiger bestimmt erklärt hat, nicht annehmen zu wollen.

Das Gesetz scheint auf den ersten Blick das Gegentheil verfügt zu haben, denn es verlangt zunächst in § 294, der Schuldner müsse, damit Annahmeverzug eintrete, dem Gläubiger die Leistung thatsächlich angeboten haben; ein wörtliches Angebot aber genüge (§ 295), wenn der Gläubiger die Annahme anticipando verweigert habe oder wenn die Annahme eine Thätigkeit des Gläubigers voraussetze, die dieser nicht vollzieht.

Allein der Unterschied von meiner dargestellten Auffassung ist nicht groß. Soll nämlich die Leistung mit einer Handlung des Schuldners beginnen, daß dieser z. B. das Geld bringe oder sich zu einer Arbeit einfinde, so versteht es sich von selbst, daß er normalerweise die Leistung anbieten, d. h. die Leistung seinerseits beginnen muß (Abhandl. S. 400); und schon dort habe ich mit dem Falle des Seerechts exemplifizirt, wo der Verfrachter das Schiff bereitlegen und sich zu den Diensten, also zunächst zur Uebernahme des Frachtgutes bereit erklären muß (vergl. jetzt §§ 567, 587, 588, 594, 603, 604, vergl. auch Binnenschifffahrtsgesetz §§ 27, 28, 38, 39 und 47); denn solange das Schiff nicht bereitgelegt und dies dem Ablader oder dem Empfänger der Waaren nicht kundgegeben wird, ist der Ablader oder Empfänger nicht in der Situation, die Leistung des Schiffers anzunehmen, mithin nicht im Annahmeverzug. Ebenso muß natürlich bei Leistung eines materiellen Werkes der Werkleister dem Besteller den Beginn der Arbeit ankündigen und ihm sodann das vollendete Werk zur Annahme bereitstellen. In allen diesen Fällen liegt aber, was man Realoblation, thatsächliches Angebot nennt, in der Natur der Obligation begründet, sofern eben der Schuldner obligationsmäßig mit der Leistung beginnen muß, damit der Gläubiger in der Lage ist, seinerseits einzuwirken.[36])

---

[36]) Ebenso ist natürlich dann Realangebot nöthig, wenn ein Dritter eintreten und für den Schuldner zahlen will. Hier muß der Gläubiger die Zahlung

Und wenn es sich insbesondere darum handelt, daß der Schuldne
aus einer Gattung von Sachen eine Spezies absondert, um die Obligatio
auf diese Spezies zu konzentriren, so muß er natürlich diese Absonderun
vorgenommen und die abgesonderte Sache dem Gläubiger bereitgestell
haben, damit (auch ohne Annahmethätigkeit des Gläubigers) die Kon
zentration eintritt, § 279, 243 B. G.B. (Abhandl. S. 395); ebens
bei Alternativobligationen, bei denen allerdings eine Konzentratio
durch „Erklärung“, also durch einfache Willenserklärung gegenüber der
Gegner (einseitige Rechtshandlung) erfolgen kann (§ 263 B. G.B.): auc
hier tritt jedenfalls die Konzentration mit ihren Folgen erst mit de
Erklärung ein.

Ein Gegensatz zu meiner Anschauung liegt also hierin nicht; de
Gegensatz beginnt erst mit dem Fall, wenn der Gläubiger mit de
Empfangshandlungen beginnen soll, insbesondere wenn er sich an den
betreffenden Orte einzufinden hat, um die Sache abzuholen. Hier nahn
ich an, daß der Annahmeverzug ohne ein besonderes wörtliches Angebo
des Schuldners eintrete; ein solches Angebot ist ja nichts anderes al
eine Art Mahnung, die Annahmehandlung vorzunehmen, um die Leistun
vollziehen zu können. Ich exemplifizirte mit dem Falle, daß de
Versicherer, der die Prämie vertragsmäßig abzuholen hat, in der Ab-
holung säumig ist: hier tritt der Annahmeverzug ein, ohne daß noc
besonders von Seiten des Versicherten ein wörtliches Angebot der Prämien-
zahlung zu erfolgen hat; wie dies ja auch von der Praxis bestätig
wird, vergl. Vivante, contratto di assicuraz. I nr. 126—129.

Ich exemplifizirte ferner mit dem Fall des Passagiers, der sic
nicht einfindet und damit von selbst im Verzug ist, und des Miethers
der, wenn er nicht einzieht, von selbst in mora kommt.

Das Gesetz verlangt aber, daß, im Fall der nothwendig voraus
gehenden Annahmethätigkeit des Gläubigers, der Schuldner ein wört
liches Angebot, also eine Art Aufforderung, das Seinige zu thun, a
den Gläubiger gelangen lasse.

---

annehmen, wenn die Leistung durch Aenderung der Person keine objektiv
Aenderung erfährt und wenn der Schuldner nicht widerspricht (§ 267 B. G.B.)
Aber natürlich braucht der Gläubiger eine solche Leistung eines Dritten nich
zu suchen; er kann sie auch gar nicht erwarten, wenn sie ihm nicht angebote
wird, und ob ein Verbalangebot eines Dritten ernstlich ist, kann er nicht wissen
Daher ist hier natürlich das Realangebot durch die Umstände des Falles geboten

Allein diese Bestimmung ist wieder theils durch das Gesetz, theils durch die Natur der Verhältnisse so beschränkt, daß in der That der Gegensatz zu meiner Auffassung sich auf ein bescheidenes Maß reduzirt. Das Gesetzbuch erklärt nämlich ein wörtliches Angebot für unnöthig, wenn die Thätigkeit des Gläubigers nach dem Kalender bestimmt ist, sei es durch bloßen Vertrag, sei es durch Vertrag und Kündigung (§ 296 B. G.B.). Daraus ergiebt sich der Fall mit der Prämienzahlung von selbst, ebenso der Fall mit dem Eisenbahn- oder Eilpostpassagier, der zur Zeit nicht eintrifft, um einzusteigen; oder mit dem Schuljungen, der die bestimmte Privatunterrichtsstunde versäumt; ebenso der Fall mit dem Miether, der nicht einzieht oder das für einen Tag gemiethete Maulthier nicht abholt.

Der Unterschied beschränkt sich also auf den Fall, daß für die Annahmethätigkeit des Gläubigers eine bestimmte Kalenderzeit nicht festgesetzt ist: in diesem Falle verlangt das B. G.B., daß der Schuldner sich nicht nur bereit hält, sondern auch dem Gläubiger noch eine besondere Aufforderung zur Annahmethätigkeit zukommen läßt. Mithin hat der Schneider, wenn ich ihm das Gezeug nicht schicke, mich noch besonders zu mahnen, um mich in Verzug der Annahme seiner Arbeitsthätigkeit zu setzen, ebenso der Gutachter, wenn ihm der Konsulent die Unterlagen seines Gutachtens nicht sendet.

Ebenso kommt der Werkmann, der die Arbeit nicht zu angemessener Zeit liefert, sofern die Nichtlieferung des Werkes nicht nur Leistungs-, sondern auch Annahmeverzug involvirt (oben S. 190f.) nicht von selbst in Annahmeverzug, sondern erst, wenn der andere Theil ihn dazu aufgefordert hat, wobei natürlich die Mahnung zur Leistung zugleich als Mahnung zum Empfang (der Gegenleistung, die nur gegen die Leistung, also Zug um Zug zu bieten ist) betrachtet werden muß.

Für diese gesetzliche Bestimmung läßt sich sagen: allzu scharf macht schartig; auch der Gläubiger kann eine gewisse Berücksichtigung verlangen. Außerdem ist ein begründetes Interesse vorhanden, den Moment des Annahmeverzugs genau zu bestimmen: dies wäre nicht der Fall, wenn die Erfüllungsbereitschaft genügte, während man doch die Annahmethätigkeit des Gläubigers heute oder morgen erwarten kann.

Mit dieser Behandlung der Materie durch das B. G.B. kann ich mich daher völlig einverstanden erklären.

Daher sind von der Regel über das nothwendige Angebot d
Schuldners folgende Ausnahmen zu machen:

1. Ein Realangebot ist nicht erforderlich, wenn der Schuldner
Stande ist, die Leistung zu vollziehen, der Gläubiger aber erklärt hat,
nicht annehmen zu wollen, B.G.B. § 295. Natürlich muß der Schuld
in der Lage gewesen sein zu erfüllen; wenn z. B. ein Ignorant
versprochen hat, einen Bauplan zu zeichnen oder ein verkleidetes Scheu
dem Maler zugesagt hat, Modell zu stehen, so ist man nicht im A
nahmeverzug, wenn man diesen Kunden die Annahme verweigert; ebe
so wenn etwa jemand einen Seetransportvertrag mit einem bestimmt
angeblichen Rheder abgeschlossen hat, dem nicht das mindeste Fahrze
zu Gebote steht. Dagegen kommt es nicht darauf an, ob der M
kontrahent ernstlich vorgehabt hat zu leisten: auch wenn ihm d
Weigerung des Gläubigers sehr lieb ist, liegt Annahmeverzug vor (o
gleich es im solchen Fall in foro conscientiae anständig ist, dara
nicht zu bestehen); vergl. auch Abhandlung S. 402 und jetzt B. G.
§ 297.

Uebrigens muß der Schuldner in der Lage gewesen sein zu e
füllen; unrichtig ist, wenn man der Sache die Wendung giebt: d
Schuldner müsse erfüllungsbereit sein oder gewesen sein: man kann de
Schuldner nicht zumuthen, schon 6 Wochen vor der Erfüllung d
Fonds bereit zu halten, und man kann auch nicht von ihm verlange
die Fonds flüssig zu machen, wenn der Gläubiger erklärt hat, die A
nahme zu verweigern: es genügt, wenn der Schuldner in der La
war, sich in die Erfüllungsbereitschaft zu versetzen, so daß die Annahm
verweigerung des Gläubigers nicht in dem mangelnden Vorbereitetse
des Schuldners ihren Grund hat.

Von besonderer Bedeutung ist dies, wenn die Leistung des Schuldne
sich nothwendig eine bestimmte Zeit hinstreckt, in welchem Falle d
Annahmeverweigerung berechtigt ist, wenn der Schuldner so spät b
ginnt, daß er unmöglich fertig werden kann. Dies gilt einmal dan
wenn die Leistung dem Gläubiger gegenüber sich Stück für Sti
entwickeln soll, wo ja die einzeln sich entwickelnde Thätigkeit schon g
schuldete Leistung ist und der Schuldner im Verzuge ist, wenn er di
Thätigkeit versäumt; es gilt aber auch, wenn die Leistung gegenüb
dem Gläubiger eine momentane ist, die aber eine (lediglich in d
Sphäre des Schuldners sich entwickelnde) Vorbereitung erheischt:

diesem Falle ist der Schuldner nicht im Verzug, ehe die Erfüllungszeit ohne Erfüllung kommt, aber auch der Gläubiger ist nicht im Annahmeverzug, wenn er die künftige Abnahme einer Leistung verweigert, die doch nicht mehr rechtzeitig erfolgen kann.[37])

Ist aber die Sachlage gegeben, daß der Schuldner in der Möglichkeit ist, künftig erfüllen zu können, daß mindestens kein genügender Grund für die Annahme einer Unmöglichkeit vorliegt, dann ist die Annahmeverweigerung des Gläubigers von Bedeutung: sie bewirkt (auch wenn vor dem Termin erfolgt) Annahmeverzug des Gläubigers ohne reales Angebot.

Dagegen verlangt das Gesetz auch in diesem Fall mindestens ein wörtliches Angebot des Schuldners. Das mag befremdend sein; es ist aber darin begründet, daß möglicherweise die Weigerung des Gläubigers keine fortdauernde, definitive ist: man darf nicht jeden an seiner Aeußerung fassen, die vielleicht nur die Ausgeburt schlechter Stimmung und übler Laune ist. Dabei ist nicht erforderlich, daß das wörtliche Angebot gerade zur Erfüllungszeit erfolgt, daß es gerade erfolgt mit dem Inhalt: jetzt, momentan bin ich zur Erfüllung bereit; vielmehr genügt eine Erklärung, daß man am Vertrag festhalten und seinerseits erfüllen wolle; diese Erklärung kann vor der Erfüllungszeit, sie kann sofort auf die Weigerung hin gemacht werden. Beharrt dann der Gläubiger auf seiner Weigerung, so bedarf es von Seiten des Schuldners nichts weiter: er braucht sich nicht etwa die ganze Zeit bereit zu halten, um am Erfüllungstage auf seine Erfüllungsbereitschaft hinzuweisen: er braucht in solchem Falle am Erfüllungstage überhaupt nicht bereit zu sein, es genügt (wie oben bemerkt), daß er die Möglichkeit hatte, die Erfüllungsbereitschaft herbeizuführen, und es genügt, daß er auf die Weigerung des Gläubigers hin sich noch besonders zur seinerzeitigen Erfüllung erboten hat; er kann hierbei dem Gläubiger eine Frist setzen, um zu wissen, ob er auf der Weigerung bestehe, nach deren Ablauf, wenn der Gläubiger die Weigerung wiederholt oder mindestens nicht zurückgenommen hat, alle Voraussetzungen des Annahmeverzugs gegeben sind. Damit verliert die Gesetzesstelle völlig ihre Schärfe.

---

[37]) Ueber diesen wichtigen Unterschied habe ich, m. W. zum ersten Mal, im Archiv f. civ. Praxis 84 S. 2f. gehandelt. Hier auch auf S. 30 über fr. 113 pr. de V. Obl.; vergl. dieses namentlich von den Worten an: aut si hoc falsum est. Vergl. auch unten S. 286f. und bereits oben S. 157.

Nun giebt es aber Fälle, wo es eines Verbalangebots nicht bed[...] wo die einmalige Weigerung des Gläubigers genügt. Dies gilt nament[...] beim Werkvertrag; so beim Seetransport: hier giebt sich die Weiger[...] kund als Rücktritt von der noch nicht angetretenen Reise, und es [...] wickeln sich dann die bekannten Fautfrachtverhältnisse, von denen [...] unten (S. 249) zu sprechen ist (H.G.B. §§ 580, 587, Binnensch[...] fahrtsgesetz §§ 36, 34, 38).[38])

So aber auch noch bei sonstigen Werkverträgen, wo sich eine so[...] einseitige Rücktrittserklärung als Kündigung darstellt, und zwar [...] Kündigung ohne gerechtfertigte Veranlassung, B. G.B. § 649.

Auch für Dienstverhältnisse muß dies gelten, sofern sich [...] Annahmeweigerung als Kündigung oder Dienstentlassung erweist.

Der Grund dieser besonderen Behandlung ist darin zu suchen, [...] in diesen Lebensverhältnissen das Institut der Kündigung so durch[...] üblich ist, daß, wer kündigt, sich der vollen Tragweite dieser rech[...] geschäftlichen Erklärung bewußt sein muß, es also nicht zu unterstel[...] ist, daß die Aeußerung blos momentane Anwandlung ist — oder we[...] sie es ist, dann habeat sibi.

Das Gleiche gilt auch beim Versicherungsverhältniß, soweit Ges[...] gebung oder Vertrag ein Ristorniren gestatten: das Ristorniren erfo[...] in der Erklärung, die Sache der Gefahr nicht aussetzen zu wollen, [...] daß statt der Prämie nur die Ristornogebühr zu zahlen ist (§ 8[...] H.G.B.); mit diesem Moment ist der Versicherte in Bezug auf [...] Versicherungsleistung des anderen Theils in Annahmeverzug derart, d[...] es nicht noch eines besonderen Angebots der Versicherungsgesellsch[...] bedarf, auf daß diese ohne Leistung berechtigt wird, die Ristornogebü[...] zu beziehen. Dieses beruht auf der langjährigen Gewohnheit des S[...] versicherungsgeschäfts (vergl. Aufsatz S. 371).

Zu bemerken ist allerdings, daß dies zugleich ein Geschäft ist, [...] der Schuldner nur im Fall einer vorgängigen Gläubigerthätigkeit leist[...] kann (er kann die Gefahr nur übernehmen, wenn der Versicherte (Gläubig[...] die Sache der Gefahr aussetzt); daher kann es sich hier von Anfang [...] nicht nur um Realangebot, sondern nur um Verbalangebot handeln [...] allein auch dessen bedarf es nicht; das Ristorniren ist eine im Seehandel

[38]) Ebenso beim Ueberfahrtsvertrag, § 667 H.G.B., § 29 des Au[...] wanderungsgesetzes.

gebräuchliche Thätigkeit, daß der rechtsgeschäftliche Charakter der Ristorno-erklärung sofort außer Frage steht.

Ein 2. Fall, wo die Regeln des Leistungsangebots eine Ausnahme erfahren, ist, wenn die Annahme des Gläubigers unmöglich ist: in diesem Fall bedarf es keines Realangebots, es bedarf auch keines Verbal-angebots, wo dieses sonst erforderlich ist. Der Grund ist einleuchtend: man kann nur da angehalten sein anzubieten, wo der andere Theil an-zunehmen vermag.

Daher bedarf es keines Realangebots, wenn der Gläubiger nicht anwesend ist und Niemand da ist, der für ihn anzunehmen befugt ist;[39]) ist die Gläubigerschaft objektiv unsicher, so bedarf es nur eines wört-lichen Angebots insofern, daß man bereit ist zu erfüllen, sofern zwischen den Prätendenten eine Einigung erzielt wird, z. B. auf einen Mittels-mann, dem zu leisten ist (vergl. §§ 432, 1077, 1281, 2039); etwas weiteres bedarf es auch hier nicht.

Ganz anders, wenn die Ungewißheit eine lediglich subjektive ist, eine Zweifelhaftigkeit in der Erkenntniß des Schuldners. Hier kann zwar die Rechtsordnung dem Schuldner zu Hülfe eilen, und sie hat es in mannigfacher Weise gethan, durch Gestattung der öffentlichen Zu-stellung als Erklärungssurrogat (§ 132), durch Gestattung der Hinter-legung (§ 372), durch Gestattung des Aufgebotsverfahrens (§§ 1171, 1970, 2061 u. a.); aber von einem Annahmeverzug und den Folgen des Annahmeverzugs kann hier nicht die Rede sein.[39a])

Handelt es sich um einen Fall, wo der Gläubiger eine die Leistung des Schuldners vorbereitende Annahmethätigkeit entfalten soll, und wird diese unmöglich, so fällt ebenso die Nothwendigkeit des Verbal-angebots fort; ein solches ist höchstens dann nöthig, wenn die Unmög-lichkeit nur eine momentane ist und gehoben werden kann.

Eine besondere Behandlung verdient der Fall, wenn die Annahme-unmöglichkeit zugleich mit einer objektiven Leistungsunmöglichkeit ver-bunden ist. Davon ist noch unten (S. 254) zu sprechen.

Soweit die Unmöglichkeit der Annahmethätigkeit des Gläubigers.

---

[39]) Man kann hier von Annahmehinderniß oder Ablieferungshinderniß sprechen; ein solches Hinderniß wirkt als Annahmeverzug (S. 191); vergl. auch Verkehrsordnung für die Eisenbahnen § 70: Ablieferungshindernisse.

[39a]) Vergl. hierüber S. 192.

Ein 3. Fall ist gegeben, wenn nicht die Annahmethätigkeit Gläubigers, aber das Angebot des Schuldners unmöglich ist. wird zwar oft Hand in Hand gehen, aber nicht immer. Schon v haben wir einen Fall gezeigt, wo sich beides zweit. Ein anderer nach der entgegengesetzten Seite, ergiebt sich bei Inhaber= und O papieren: der Inhaber kann jederzeit durch Präsentation des Pa die Annahmemöglichkeit herbeiführen, d. h. es herbeiführen, daß mit Tilgungswirkung gezahlt werden kann; der Schuldner ist vor der Präsentation in der Angebotsunmöglichkeit, denn er kann dem anbieten, dem er zahlen kann; zahlen aber kann er nur dem Pr tanten des Papiers, und dieser wird durch die Präsentation, d. h. i einen zukünftigen unsicheren Umstand bestimmt.

Allerdings ist hier meist schon an und für sich die Nothwendi des Angebots ausgeschlossen, des Realangebots, weil der Gläu durch Präsentation die Leistung ermöglichen muß, des Verbalange weil die Präsentation zu einer bestimmten Kalenderzeit erfolgen Allein das ist nicht überall der Fall. Man denke an einen Sichtwe der ja nach den Bestimmungen unseres Wechselrechts innerhalb 2 Ja jederzeit (durch Vorlegung) fällig werden kann, jedenfalls aber mit Al der 2 Jahre fällig wird. Auch hier darf der Acceptant zur Hinterle schreiten, a. 40 Wechsel=Ordnung, sobald der Wechsel als fällig gil

Soeben wurde der Fall angedeutet, daß bei Unmöglichkeit der Anna zugleich eine objektive Unmöglichkeit der Leistung vorliegen kann, so Dienst= und Werkvertrag, so wenn eine Leistung in der Fabrik mit Hülfe der Fabrikeinrichtungen geschehen soll und die Fabrik abbre der Gläubiger ist in der Unmöglichkeit, die Fabrikeinrichtungen zu lie — der Arbeiter ist aber auch in der objektiven Unmöglichkeit, vertragsmäßige Arbeit zu leisten, denn seine vertragsmäßige Arbeit ist durch die Fabrik individualisirte Thätigkeit. Hierbei muß dem Einw entgegnet werden, als ob ein solcher Annahmeverzug dem § 297 B. G widerspräche, sofern der Gläubiger nicht in Annahmeverzug sein kö wenn auf Seiten des Schuldners die (objektive oder subjektive) Unm lichkeit der Leistung vorliege. Dies ist zwar in sonstigen Fällen zutreff hier aber nicht: der Gläubiger kann dem Schuldner die Unmöglic nicht entgegenhalten, die zuerst ihn und erst per consequens Schuldner trifft; wenn Umstände im Bereich seines Annahmewir entstehen und sich in das Bereich des schuldnerischen Leistungswir

hinüber erstrecken, so kann er seinen Annahmeverzug nicht mit der Motivirung ablehnen, daß der Schuldner in Folge dieser Umstände nicht in der Erfüllungsmöglichkeit war; ebensowenig als sich Jemand, wenn bei ihm eine Feuersbrunst entstanden ist und sich auf das Nachbargut verbreitet hat, seine Haftung damit ablehnen kann, daß nun auch vom brennenden Nachbarhaus wieder Funken auf das seinige herübergefallen seien und ihm Schaden bereitet hätten.

3. Erfüllungssurrogate.

§ 8.

Es bleibt also dabei:

die Annahme ist keine Pflicht des Gläubigers;

Annahmeverzug liegt auch ohne Verschulden des Gläubigers vor; im Falle des Annahmeverzugs gewährt die Rechtsordnung dem Schuldner die Möglichkeit der anderweitigen Befreiung — ohne weiteres oder nach Erfüllung gewisser Bedingungen: sog. Erfüllungssurrogate; und solche sind insbesondere Aussetzung der Sache und Hinterlegung.

Was die Aussetzung betrifft, so hatten vor mir weder die Romanisten noch die Germanisten das ungemein reiche Material des deutschen Rechts dogmatisch zur Geltung gebracht; die paar Stellen des römischen Rechts waren fast das einzige Feld der rechtlichen Entwickelung, und hier argumentirten sie, als ob man es mit einer römischen Sonderlichkeit zu thun habe, die Niemand ernst nehmen dürfe.

Seit meinem Aufsatz, wo ich eine große Fülle deutschrechtlicher Beispiele ähnlicher Rechtsübung gebracht habe, wird dieser Standpunkt nicht mehr vertreten werden. Die dort angegebenen Belege ließen sich beliebig häufen; namentlich habe ich zwei weitere Fälle der Weinausgießung bereits im XXXV. Band von Goldschmidt's Zeitschrift in der Besprechung von Gierke's Humor gegeben.[39b])

So findet sich der Satz, daß der Zehntpflichtige, wenn der Zehntherr nicht kommt, die Auszehntung selbst vornimmt und die zehnte Garbe einfach liegen läßt (nach Notifikation an den Herrn)[40]) all überall.

[39b]) Die in meiner Abhandlung S. 291 erwähnte Stelle Nârada's, wonach der Schuldner bei Ermangelung eines brahmanischen Gläubigers das Geld ins Wasser wirft, erklärt sich näher aus Manu IX 244: das Werfen ins Wasser ist Hingabe an Varuna, der das Geld an Stelle des nicht mehr vorhandenen Brahmanen in Empfang nimmt.

[40]) Meine Abhandlung S. 294.

So beispielsweise auch in Südfrankreich; so in den Privilegien Apt a. 76:[41]) tota e cascuna persona es tenguda, tantost que blatz serien medutz e los liomes tratz, si vol deymar, dann notificar e dire als deymies que vengan deymar; e si non o vo fayre, om los deu agardar per le spazi d'un jorn natural, que lur sera notificat; e pueys om en pot far portar sos bla sos liomes sens degun permditi, layssat lo deyme degut l mens el camp, e daquo lo deymier deu estar al sagrament quell de qui es.

So denn auch die unzählige mal wiederkehrende Bestimmung der Auslieferung eines Verbrechers, den man, wenn niemand kon ihn abzuholen, mit einem Faden oder Halm an das Thor, an e Pfosten oder an die Brücke bindet. So in dem Weisthum über die Ju diktionsverhältnisse zwischen Mattsee und Weilhart von 1432 wer aber sach, daz der Weylhart richter nach sölher beger einnemung in den vorgemelten drein tagen nicht käme und wishait täte, so mag der pfleger ze Mattsee den gefangen das zu Mattsee für das tör an ainen seidein fadem an ainen stec pinden, und ist darumb dem Weylhart richter noch niemant and nichts schuldig.

So das Banntaiding zu Mönichwald (16. Jahrh.):[43]) so antwort man in auch auf die bruggen zu dem König und sec pfenning damit und nicht mer, und rueft dem vogtherrn zu dre mallen; kumbt er, so geantwort man in; kumbt er aber nicht, bint man in nider mit ainem rughalben auf die bruggen; so Stiftsrecht von St. Dionisen (15. und 16. Jahrh.):[44]) so sol r im denselben antwurten . . . ledigen und ungepunden, wann ainen rüghalben oder zwirnsfaden; und man sol den lenger ni halden, dann an den dritten tag; das sol man dan den lantric wissen lassen, das er kom gleich umb mittentag an der obgeschri dreier gemerk ains und neme den dann; käm aber der lantric

---

[41]) Giraud, Essai sur l'histoire du droit français II S. 167.

[42]) Salzburgische Taidinge, herausgegeben von Siegel und Tomas S. 45.

[43]) Steierische und Kärnthische Taidinge herausgegeben von Bischoff Schönbach S. 109.

[44]) Ebenda S. 317.

nicht zu rechter zeit, so sol man in anpinten mit der egenanten panten ainem und ist niemand nichtz mer davon schuldig.

Noch eigenartiger muthet das Wietinger Stiftsrecht (15. Jahrh.) an:[45]) darnach sol er empieten dem lantrichter, der sol komen an das march und nit herüber, das ist mitten auf die nider prugk ze Widersdorf oder mitten zu den kreuz stehund auf der höch in Schellenperg; und es sol der ambtman den gefangen auch an das march fürn als er mit gürtel umbfangen ist und sol im die hend mit ainem rockhalm[46]) hinter den rugk pindten und sol in der ambtman aus über das march stossen; begreift den gefangen das lantgericht, ist guet; begreift es in nit, das sol mein genediger herr und sein herrschaft unentgolten sein an allen seinen rechten.

So das Fährmannsrecht: daß man dem nicht anwesenden Fährmann das Geld ins Schiff legt (Abhandl. S. 303); es findet sich beispielsweise auch im Zwingsrecht vom Vilmergen 1495, 1527 a. 36[47]) u. a.:

Aus diesen Beispielen ergiebt sich der Zug der Rechtsentwickelung aufs klarste: die Preisgebung der Sache soll eine Preisgebung sein, in thesi damit der Gläubiger sie annehmen kann; und sie soll stattfinden, um den Schuldner von seiner Verbindlichkeit zu befreien: das ist es eben, was ich Erfüllungssurrogat genannt habe.

Hiergegen hat man nun verschiedenes sehr unstichhaltiges geltend gemacht. Schey z. B. S. 32 f. behauptet, der Schuldner werde durch die Preisgebung nicht von der Obligation befreit, sondern nur von der Sachhaftung: er hafte nicht für die Preisgebung und ihre Folgen.

Hirsch macht S. 31 besonders geltend, daß man bei der Weinausgießung nicht von einer Traditionsofferte an den Gläubiger sprechen könne, da hier eine Vollendung des Traditionsakts geradezu ausgeschlossen ist.

Indeß verräth es doch nicht den richtigen Sinn für den Geist des germanischen Rechtslebens, wenn man verkennt, wie der Traditionsakt zu einem Traditions- oder Pseudotraditionssymbolismus wird, der bei den Deutschen noch drastisch in der Uebung zu Tage trat, daß man dem nicht abnehmenden Bauern den Wein in den Schweinekoben goß.

[45]) Ebenda S. 514.

[46]) Der rughalm = Gerichtshalm.

[47]) Rochholz, Aargauer Weisthümer S. 75.

Daß der Wein dabei zu Grunde geht, ist nichts anderes, als wenn
Vogel entflieht, den man tradiren will, oder wenn das Leuchtgas, das m
übergeben will, mangels ordentlicher Röhren entweicht, oder das
schmilzt, das man dem Käufer vor die Thüre legt; oder wenn der M
fikant entspringt, den man ausliefern soll und in Ermangelung ei
Gerichtsmitgliedes, das ihn abholt, mit dem Rughalm an die Brücke bin

Was aber die Bemerkung von Schey betrifft, so möchte ich frag
ob denn der Akt der Preisgebung ohne jede dingliche Wirkung
bleibt (so etwa wie das Auswerfen der Sache beim Seewurf)? Gla
man denn wirklich, wenn der Zehntmann die Zehntgarben liegen l
dies habe keinen dinglichen Effekt gehabt? für wen läßt man sie d
liegen, als für den Zehntherrn, der sie empfangen und dadurch d
wohl zum Eigenthümer werden soll? Für wen legt man das G
ins Schiff oder auf den Baumstumpf, als für den Schiffer oder
Förster? und glaubt man, unsere Vorfahren hätten es als ein Unr
betrachtet, wenn nun der Schiffer oder Förster das Geld einsteckte
als das Seinige betrachtete! Ist dies aber richtig, so ist es mit
blos faktischen Bedeutung der Aussetzung nichts.

Schey fragt ferner: warum durfte der Schuldner, der die Sa
preisgiebt, sie nicht wieder zurücknehmen, warum sollte kein Theil ei
Vortheil von der Sache haben? S. 34 f. Ja, die wirthschaftlichen Na
theile der Preisgebung habe ich nie bestritten; allein es ist ein völli
Verkennen des im ursprünglichen Rechtsleben sich entwickelnden Geis
der Völker, wenn man glaubt, die Menschen hätten aus utilita
Gründen vor solchen energischen Maßnahmen gezittert. Man hat frü
noch mehr gethan: man hat die Sachen der Todten den Göttern geopf
man hat die Habe des Verbrechers, ehemals sogar das Haus des zahlun
unfähigen Schuldners verwüstet! Der Satz: willst du bezahlen,
mußt du dich ganz von der Sache frei machen, klingt in den deutsc
Weisthümern unzähligemale an: ein donner et retenir wäre dem Ge
der Völker ganz zuwider gewesen; das war nicht ein „schwächliche
sondern ein ganz energischer Gerechtigkeitssinn (gegen Schey S. 3
So wird denn auch schließlich Schey, indem er das alte Recht o
den nöthigen historischen Sinn betrachtet, schließlich zur Annahme
führt, daß die Hinterlegung einen ganz anderen Charakter angenomm
habe und, von der Preisgebung verschieden, zum Erfüllungssurro
geworden sei (S. 39).

Hirsch nimmt dagegen (S. 27 f.) an, daß die Aussetzung den Charakter der Dereliktion, also der totalen, absoluten Eigenthumsaufgabe hatte. Warum der Schuldner diese vollziehen sollte, muß man billig fragen; und billig bezweifeln muß man, daß unsere Vorfahren, wenn der Bauer dem Fährmann das Geldstück ins Schiff legte oder beim Retraktrecht den Geldbetrag in einem Tuch ins Fenster hineinwarf, vermeinten, die Sache wäre dadurch herrenlos geworden und ein jeder hätte sie sich aneignen dürfen. Kommt doch Hirsch selbst zu der Annahme, daß, trotz dieser Herrenlosigkeit der Sache, der Gläubiger den Dritten, der sich ihrer bemächtigte, mit der actio furti belangen durfte: also ist die Sache nun doch nicht ohne Rücksicht auf den Gläubiger preisgegeben; denn daß dieser die actio furti haben sollte, weil eine dritte Person eine fortgeworfene Sache, die zu seiner Zahlung dienen könnte, z. B. ein auf die Straße gelegtes Geldstück, das seine Befriedigung bewirken könnte, an sich nimmt, obgleich diese Sache herrenlos und damit der Okkupation eines Jeden preisgegeben ist — eine solche Annahme widerspricht den Grundlagen des römischen wie des deutschen Rechts.

Ebenso sollte man nicht bezweifeln, daß im alten römischen Recht der Schuldner die Möglichkeit hatte, das Geld bei sich niederzulegen; das fr. 7 de usur. spricht klar hierfür,[48]) und die Ausdrucksweise der c. 1 qui potiores in pign.: obsignavit et deposuit nec in usus suos convertit wäre doch gar zu seltsam, wenn man sie etwa so auslegen möchte: er hat das Geld bei einem Dritten oder bei einem Tempel deponirt und später nicht geholt; der natürliche Laut des Ausdrucks zielt doch dahin, daß er das Geld versiegelt bei Seite gelegt und es nicht wieder in Gebrauch genommen hat; und so ist es mit den übrigen von mir allegirten Stellen. Wenn es in fr. 28 § 1 de adm. et per. tut. heißt: deposuit obsignatam tuto in loco — wie drückt sich irgend ein Mensch so aus, wenn davon die Rede sein soll, daß das Geld bei einem Dritten zur Verwahrung gegeben wäre: da spräche man von einem sicheren Depositar, nicht von einem sicheren Ort.

Es beweist aber für die Bedeutung des deponere = seponere noch eine meines Wissens bis jetzt nicht berücksichtigte Stelle, fr. 8 § 5 de pecul. leg., welche unten (S. 280) interpretirt werden soll.

Daß nichts destoweniger schon bei den Römern die depositio, sei es bei Bankiers, sei es in Tempeln, üblich wurde, ist begreiflich, und

[48]) Vergl. Abhandlung S. 306.

ich habe dafür bereits a. a. O., S. 308, Belege gegeben.[49]) Da können auch noch andere Stellen angeführt werden, z. B. Caes de bello civ. I 23: sest. 60, quod advexerat Domitius atque publico deposuerat. Und was die Deposition in Tempeln, z. im Kastortempel betrifft, so darf ich wohl auf die Inschriften verweis wo vom actor Caesaris oder procurator Augusti beim Kastortem die Rede ist.[50])

Die Deposition als Befreiungsinstitut hat in Italien fortgedau Wir finden sie in den italienischen Stadtrechten wieder; so insbesond in dem Venetianer Statut von 1242 V c. 7. Dieses ist besond interessant, weil hier einerseits selbst die Vertragsstrafe nur durch Hint legung abgewendet wird, andererseits auch eine theilweise Hinterlegu mit theilweisem Erfolg möglich ist. Die Stelle lautet:

Cum debitor aliquis ante terminum vel postea, quo debit persolvere tenetur, debitum creditori praesentaverit legitime rationabiliter, si cartula cum securitate a suo creditore non pot recuperare, praesentet pecuniam debiti domino Duci et judicil per se aut per suum nuncium sive missum, antequam compleat terminus; quam dux et judices accipientes dabunt ministeriali, praesentet illam creditori, si fuerit Venetiis, et si absens fue uxori vel domui ejus, dicatque ministerialis, quod debitor parat est reddere debitum, si carta cum securitate sibi reddita fuer carta autem si non fuerit illi praefato modo reddita, iterum debit eandem ante Ducem et judices praesentet pecuniam, quam D judicio judicum faciat in uno sacculo sigillo plumb sigillari et dabit illam sigillatam procuratoribus sanc Marci sub periculo illius, qui eam accipere noluit, cu tali ordine, quod eam non reddant creditori, nisi credit cartam reddiderit debitori vel procuratoribus Sanc Marci et securitatem ei fecerit super ipso debito; et accep

[49]) Vergl. auch noch c. 5 § 2 quorum appell. non recip. = c. 25 C. T (11, 36): fructus omnes, qui tempore interpositae provocationis capti postea nati erunt, in deposito collocentur.

[50]) Corp. Inscr. VI 8688, 8689. Vergl. darüber Hirschfeld und Henz im Bullet. dell' Istit. di corrispondenza archeologica 1867 p. 35, 36. halte die Annahme Henzen's, daß hier von einem dispensator rationis aedi sacrarum die Rede ist, für plausibler, als Hirschfeld's Ansicht, daß es um eine Art von Tempelbauinspektoren handle.

securitate et carta a procuratoribus sancti Marci vel a creditore, dicti procuratores sancti Marci teneantur reddere pecuniam creditori vel ei qui est loco ejus; et hoc si debitor vel ille qui est loco debitoris juraverit, quod non potest ei facere meliorem rationem, ita quod ille, qui est loco debitoris, juret secundam suam conscientiam. Post hanc vero depositionem carta amplius non currit in poenam. Sed si ante praesentationem rupta erit carta, ab eo tempore, quo carta rupta fuerit. usque ad tempus praesentationis, commissam poenam exigi non vetamus. Si vero partem debiti praesentaverit et creditor recipere noluerit, ea quae dicta sunt de toto debito, fiant de parte debiti, quantum ad illam partem; pro alia autem parte, quae non est praesentata, remaneat ipsa carta in suo vigore.

Deutsche Beispiele, schon vom 13. Jahrhundert her, habe ich, Abhandl. S. 309ff., erwähnt. Die Liste kann natürlich noch bedeutend vergrößert werden. So wird im deutschen Recht anerkannt, daß die Schuld nicht nur durch Zahlung, sondern auch durch Deposition getilgt und daher auch die Pfandschaft gelöst wird, so daß hierdurch das Gebiet dem Eigenthümer offen wird und ihm wieder gehuldigt werden muß. Dies erfolgte beispielsweise anno 1474, indem Siegmund von Oesterreich ein dem Karl von Burgund verpfändetes Land auf solche Weise auslöste.[51])

Uebrigens ist das Institut der Hinterlegung statt der Zahlung nicht nur römisch und deutsch, sondern universell. Es findet sich im indischen Recht; vgl. insbesondere Yâjnavalkya, II 44:[52]) „Wenn Jemand geborgtes Geld, welches ihm zurückgegeben wird, nicht annimmt, so soll dasselbe einem Unparteiischen übergeben werden und wird von da an nicht weiter verzinst.[53])

Es findet sich im Recht des Islam, so bei Khalil und in den Rechtsbüchern der Schia.[54])

§ 9.

Die reine Preisgebung der Sache, die sich im deutschen Recht in so ausnehmend vielen Varianten zeigt, hat sich im bürgerlichen Ge-

[51]) Baseler Chronik (Ed. Vischer und Boos) II. p. 79 f. 91.

[52]) Uebersetzt von Stenzler.

[53]) Z. f. vgl. Rechtsw. III S. 180.

[54]) Moderne Rechtsfragen bei islam. Juristen S. 13.

setzbuch nur in einer Form erhalten, als Preisgebung von Liege schaften, § 303, in der Art, wie ich sie in meinem Aufsatz S. 344 Vorschlag gebracht habe und wie sie sich auch schon im Sächs. Gesetz § 757 findet. Hiergegen hat man (Dernburg, Preuß. Priva § 99 Note 2) geltend gemacht, der Eigenthümer käme dadurch in i schlimme Lage, als Bucheigenthümer für öffentliche Lasten einstehen müssen, ohne Erträgnisse zu ziehen. Das ist nicht richtig; gestattet d Rechtsordnung eine solche Preisgebung, so gestattet sie sie naturgem mit der Wirkung, daß der Preisgebende von den Lasten gelöst wird.[5

Auch hier ist das Preisgeben nicht eine Dereliktion; es ist ni eine Preisgebung im Sinne des § 928 B. G.B., es ist eine Prei gebung, nicht daß das Gut als herrenloses Gut dem Fiskus frei wir sondern es ist eine Traditionsofferte, damit das Gut dem Gläubig frei wird: durch diese Traditionsofferte wird das Gut dem Schuldn ebenso entfremdet, wie bewegliche Sachen durch Hinterlegung: es g nicht mehr als zum Vermögen des Schuldners gehörig und kann il darum auch nicht mehr mit öffentlichen Lasten beschweren.

Solches kann allerdings Schwierigkeiten für den Fall bieten, da ein Dritter auf das Grundstück Anspruch macht; gegen wen hat er diese zu richten? hier ist nach Analogie der zu § 928 zu erwartenden B stimmungen der Civilprozeß-O. ein gerichtlicher Vertreter zu bestelle gegen den die etwaigen Schritte zu richten sind: die Klage ist dan eine Klage gegen „unbestimmt.“[55])

Daß dieser Preisgebung eine Androhung vorhergehen muß (§ 303 entspricht dem Bedürfniß und dem historischen Recht. Der Prei gebende kann die Preisgabe solange zurücknehmen, als der Gläubig das Grundstück nicht in Besitz genommen hat; das Rücknahmerec muß aber nach Analogie des § 928 dann als erloschen betracht werden, wenn die Preisgebung zum Grundbuch gemeldet und i Grundbuch eingetragen ist.

Die Frage, wie es sich verhalte, wenn auf solche Weise die Liegen schaft Jahre lang öde liegt, indem weder der eine noch der ande darauf greift, ist im Gesetz nicht entschieden. Es ist eben dann j

[54a]) Natürlich, soweit nicht eine Haftung von früher her besteht, verg § 836 Abs. 2 B. G.B.

[55]) Ueber solche Klagen contra incertam personam vgl. Gesammel Beiträge zum Civilprozeß S. 569.

wie wenn in sonstigen Fällen der Eigenthümer, ohne zum Grundbuch zu derelinquiren, die Sache unbenutzt läßt. Wird, wie bei Baulichkeiten, die Sache gemeingefährlich, so kann die Polizei eintreten und nöthigenfalls sich an die Sache für ihre Kosten halten; außerdem muß die Bestimmung des § 382 gelten, denn diese enthält ein allgemeines Prinzip, dessen Grund auch hier zutrifft: nach 30 Jahren muß der Schuldner als berechtigt betrachtet werden, wenn der Gläubiger sich nicht zur Sache gezogen hat, dieselbe wieder zurückzunehmen und die Schuld als getilgt zu betrachten.

In allen anderen Fällen hat die Rechtsordnung die Preisgebung der Sache versagt und den Schuldner auf die Hinterlegung oder auf den Selbsthülfeverkauf verwiesen.

§ 10.

Das Bürgerl. Gesetzb. spricht in § 372 allerdings nur von der Hinterlegung von Geld, Werthpapieren, sonstigen Urkunden und Kostbarkeiten;[56] aber doch nur in dem Sinne, daß das Reichsrecht es dem Landesrecht überläßt, auch für sonstige Sachen Depositenstellen zu gründen, E.G. a. 146.

Die Wirkung der Hinterlegung ist höchst bedeutsam, sie ist nach der dinglichen und nach der obligationsrechtlichen, d. h. obligationsrechtszerstörenden Seite zu entwickeln.

In beiden Richtungen hat das B.G.B. den von mir aufgestellten Postulaten entsprochen.

Dinglich charakterisirt sich die Hinterlegung als Traditionsofferte, die, von dem Gläubiger angenommen, sich zur Tradition vervollständigt; worauf dann der Gläubiger das Recht hat, die Sache als die seinige herauszufordern mit einer actio depositi (vergl. §§ 373, 376 Z. 2) oder mit einer vindicatio: denn die Tradition ist eine Tradition im Sinne des § 931 B.G.B., sie ist die Tradition einer im Drittbesitz

[56]) So schon die Preuß. Hinterlegungs-O. vom 14. März 1879 § 1: „Geld, Werthpapiere auf Inhaber (und Werthpapiere auf Namen, wenn die Zahlung an den Inhaber geleistet werden kann), Kostbarkeiten.“ Sodann aber § 87: „Für die gerichtliche Anordnung der Hinterlegung anderer als der im § 1 bezeichneten Gegenstände und für das weitere Verfahren sind in Angelegenheiten, welche zu der streitigen Gerichtsbarkeit nicht gehören, die Amtsgerichte zuständig.“

befindlichen (in Drittbesitz gebrachten) Sache, und diese Tradition erfol
bekanntlich durch Abtretung des Herausgabeanspruchs (des obligation
rechtlichen, wenn ein solcher vorhanden, wie des dinglichen): mith
erwirbt der Gläubiger die actio depositi, wie die rei vindicatio, a
die rei vindicatio gegen Dritte: er erwirbt sie mit dem Augenbli
wo er die Traditionsofferte annimmt, also mit dem Tradenten ein
ist, daß das Eigenthum auf ihn übergehen soll (§ 929).

Die Traditionsofferte ist eine Traditionsofferte an den Gläubig
sie ist eine Traditionsofferte auch an den erst künftigen Gläubige
daher eine Traditionsofferte an den Erben des Gläubigers, ei
Traditionsofferte an den Cessionar oder an den, der durch Subrogati
in die Rechte des Gläubigers eintreten wird; die Traditionsofferte
auch eine Offerte an den, den der Gläubiger zur Empfangnahme d
Zahlung anweist: denn die Offerte ist eine Offerte an den, an welch
in befreiender Weise gezahlt werden kann.

Mit der Uebertragung der Forderung geht daher auch die r
vindicatio und die entsprechende actio depositi gegen die Hinterlegung
stelle auf den Cessionar über, als wie wenn ihm diese actiones cedi
worden wären: natürlich kann sie diesen Uebergang nur berücksichtige
wenn sie ihn kennt, und es gelten daher die Grundsätze des § 407
B. G.B.[57])

Ob, wenn an einen Gesammtgläubiger hinterlegt ist, die Hinte
legung auch als Offerte an die übrigen Gesammtgläubiger zu betracht
und diese berechtigt sind, das Depot anzunehmen, ist eine Frage, die
tief in die Lehre der Gesammtverbindlichkeiten eingreift, daß sie hi
auszuschalten ist.

Die dingliche Wirkung kann allerings beschränkt werden: d
Schuldner kann in der Art hinterlegen, daß der Gläubiger nur geg
Gegenleistung die Sache zum Eigenthum erwerben soll (§ 373);
kann es, sofern nach seiner Behauptung die Schuld eine Schuld geg
Gegenleistung ist, d. h. so, daß beides Zug um Zug zu erfüllen i
oder doch mindestens die Vorleistung nicht seine Sache ist (verg
oben S. 190).[58]) In diesem Falle ist aber die Traditionsoffer
nur annehmbar unter Darbietung der Gegenleistung: eine Annahm

[57]) Vgl. auch Preuß. Hinterlegungs-O. § 28.

[58]) Vgl. über diesen Fall auch R.G. vom 22. März 1890, Entsch. XXV
S. 238 f., 243. Vgl. auch schon das Venezianer Statut oben S. 206.

ohne diese wäre unwirksam, würde den Gläubiger nicht zum Eigenthümer machen und das Recht des Schuldners, das ihm vor der Annahme zusteht, nicht verkümmern; denn die Traditionsofferte ist zwar nicht bedingt gemacht, aber doch in der Art, daß sie nur in bestimmter Weise empfangbar ist: es ist wie bei einer Vertragsofferte, die nur durch eine bestimmte Realleistung acceptirt werden kann: sie wird acceptirt durch Erklärung mit Gegenleistung, bezw. durch Erklärung unter einem solchen Angebot der Gegenleistung, daß der Schuldner hierbei bezüglich der Gegenleistung in Annahmeverzug kommt; denn in diesem Falle würde die Analogie des § 274 Abs. 2 zutreffen.

Diese dingliche Wirkung muß aber noch weiter verfolgt werden: durch die Traditionsofferte erlangt der Gläubiger das Recht, sich durch Annahme zum Eigenthümer zu machen, er erwirbt ein unantastbares Recht, soweit die Hinterlegung und damit die Traditionsofferte nicht in rechtsgültiger Weise zurückgenommen wird.

Die Sache ist daher insofern eine dem Schuldner entfremdete Sache. Inwiefern trotzdem der Schuldner den Gegenstand selbst zurücknehmen darf, ist unten zu entwickeln. Abgesehen von diesem (nur persönlichen) Rücknahmerecht ist die Sache der Verfügung von Schuldnerseite entzogen und kann der natürlichen Rechtbestimmung, Sache des Gläubigers zu werden, nicht entfremdet werden; sie kann es weder durch pfändende Gläubiger, noch durch die Konkursverwaltung im Konkurs des Schuldners.[59])

Aus dem werdenden Eigenthum des Destinatärs ergiebt sich auch folgendes: wenn es sich um die strafrechtliche Konfiskation, und zwar um die blos strafrechtliche Konfiskation handelt, welche das Eigenthum des Schuldigen voraussetzt, so ist der Staat zur Konfiskation gegen den Schuldner nur insofern berechtigt, als er nicht das Recht des Destinatärs antastet; denn die rein strafrechtliche Konfiskation kann nur vorbehaltlich der Rechte Dritter erfolgen.

---

[59]) Dies muß auch gelten bei Depositen zu anderen Zwecken, z. B. wenn der Schuldner eine Hinterlegung bewirkt, um die Pfändung des Gläubigers abzuwenden; für ein solches Depositum (zur Abwendung der Vollstreckung aus einer guarentigiirten Urkunde) haben bereits die Florentiner Statuten v. 1415 II 42 folgende interessante Bestimmung: dictum depositum non possit aliqua ratione staggiri, sequestrari vel modo aliquo impediri, quominus ad creditorem perveniat, incontinenti postquam declaratum et pronunciatum fuerit, talem, qui depositum fecerit, potuisse capi . . . .

Ferner muß bei einer Steuer, überhaupt bei öffentlichen La
der Schuldner als berechtigt gelten, die deponirte Summe als
mehr zu seinem Vermögen gehörig zu betrachten und zu verlan
daß er in Bezug auf die deponirte Summe von öffentlichen Abg
verschont bleibe.

Wir haben hier die unantastbare Situation eines werdenden Re
diese Situation ist noch nicht genügend erörtert, das römische R
hat sie nur unvollständig entwickelt; ein Analogon ist die Situa
des Fiskus gegenüber dem Konfiskandum nach der Beschlagnahm

Eine noch nähere Analogie scheint das Recht des Sachempfän
bei einer bedingten Tradition zu sein, sofern die Tradition so geartet
daß die Erfüllung der Bedingung in das bloße Belieben des Empfän
gestellt ist. Der Unterschied ist aber der: im Falle eines solchen Traditi
empfängers handelt es sich um einen perfekten, jedoch bedingten Vert
im Falle der Hinterlegung aber liegt kein Vertrag vor, sondern
Offerte d. h. eine einseitige Rechtshandlung, welche nicht ein beding
Eigenthum erzeugt, aber die präsente Möglichkeit des anderen Thei
das Eigenthum zu erwerben.[61]) Ein Eigenthum aber, von dem Jem
die präsente Möglichkeit hat, es zu seinem Eigenthum zu machen,
zwar kein bedingtes, aber ein in die Diskretion eben dieser Person
stelltes, ein ihr verfangenes Eigenthum. Ja, hier liegt noch der wei
Fall vor, daß nicht blos das Eigenthum der Sache, sondern das Eigenth
mit allen nunmehr erwachsenden Nutzungen dem Dritten zur Verfüg
gestellt ist, so daß der bisherige Eigenthümer auch nicht einmal ei
weilen Nutzung und Gebrauch für sich behält; sowie daß das Verfang
schaftsrecht des anderen Theiles durch die Innehabung des Deposit
gesichert, ja seine Situation schon quasi antizipirt wird. Also ein i
Gläubiger verfangenes Eigenthum, verfangen mit allen Nutzungen, we
das Verfangenschaftsrecht durch den Besitz des Sequesters gesichert
das ist die Signatur des Falles.

Und darin liegt die Verwandtschaft mit dem Rechte des Fis
am Konfiskandum nach erfolgter Beschlagnahme.

---

[60]) Vergl. mein Patentrecht S. 591. Weitere Litteratur darüber
Köbner, Einziehung S. 60.

[61]) Es ist also ein ähnlicher Unterschied, wie zwischen einer zurückne
baren Offerte und einem si volet-Vertrag, im Sinne wie oben S. 174.

Die nähere Ausführung dieses Punktes gehört in die Lehre von der Verfangenschaft, die anderwärts zu geben ist.

Beizufügen ist nun noch folgendes: eine solche Situation erfordert eine Verwaltung und zwar eine freie Verwaltung: diese muß geführt werden, ohne daß die Anweisung eines dominus im Hintergrunde stände: der Schuldner kann, solange er das Depot nicht zurücknimmt, nicht als der Herr betrachtet werden, der Gläubiger aber auch nicht, solange er nicht angenommen hat. Daher hat die Verwaltung von sich aus die nöthigen Maßregeln zu treffen; so, wenn die hinterlegten Papiere verloost, konvertirt werden, wenn die Werthsachen Erhaltungsaufwand bedürfen u. s. w.[62]) Die Hinterlegungsbehörde ist hier selbständig; solange weder der Schuldner zurücknimmt, noch der Gläubiger annimmt, hat keiner ihr in dieser Beziehung etwas vorzuschreiben: nur wenn etwa beide übereinstimmten, wäre die Hinterlegungsbehörde als gebunden zu erachten.

§ 11.

Soweit die dingliche Wirkung; aber auch die obligationstilgende Bedeutung der Hinterlegung ist nach den in meiner Abhandlung (S. 335f.) aufgestellten Prinzipien geregelt: die Hinterlegung tilgt, aber nicht definitiv: sie tilgt mit der Möglichkeit des Wiederauflebens.[63]) Ist dieses Problem so seltsam, daß man unserer Lösung solchen Widerspruch entgegensetzen zu können meinte?[64]) Kommt ein solches Tilgen und Wiederaufleben — sofern eben nur die Tilgung keine radikale, sondern nur eine relative ist, die aber für unsere normalen Verhältnisse als Tilgung gelten muß — kommt ein solches nicht täglich in der Natur vor? Und die Rechtsordnung, welche die Vorgänge des Erzeugens, Bestehens und Tilgens der Naturanalogie entlehnt hat, kann doch auch eine relative und eine radikale Tilgung unterscheiden und bei ersterer ein Wiedererstehen, Wiederaufleben gestatten.

Dies hatte schon der erste Entwurf angenommen. Er hatte in § 272 den Passus:

---

[62]) Eine Haftung für die richtige Ueberwachung der Verloosungen pflegen die Hinterlegungsordnungen abzulehnen, z. B. Preuß. Hinterlegungs-Ordnung § 38, während die Hinterlegungsbeamten allerdings disziplinariter zu den betreffenden Maßregeln verpflichtet sind.

[63]) Aufsatz S. 335.

[64]) Hirsch S. 63f.

„Durch die Hinterlegung wird der Schuldner von seiner Verb lichkeit in gleicher Art befreit, wie durch die Leistung an den Gläubi

In § 275 darauf war gesagt: „Im Fall der Zurücknahme die durch die Hinterlegung aufgehobene Schuldverpflichtung nebst Nebenverbindlichkeiten ...... mit Rückwirkung wieder auf ....“

Und der § 276 erklärte, daß, solange das Recht der Zurückn besteht, ungeachtet der durch die Hinterlegung bewirkten Aufhebung Schuldverpflichtung, ein Recht nicht geltend gemacht werden k welches von der Befriedigung des Gläubigers abhängig ist.

Damit war zur Geltung gebracht, daß die Hinterlegung in Reihe Tilgung sei, daß aber die alte Obligation aus der alten W neu erstehen könne und daß darum auch auf dieses Wiedererstehen sicht genommen werden müsse. Es ist mithin ebenso, wie wenn ma einem genesenen Patienten sagt: die Krankheit ist vorüber, sie aber aus dem zurückgebliebenen Krankheitskeim neu erstehen; d hüte Dich.

Daher ist es unrichtig, wenn Gierke, Entwurf S. 64 Fassung des Entwurfs oder die Konstruktion, auf die er beruht, verkünstelte genannt hat: eines ist so natürlich und sachgemäß wie andere, und man kann in keiner Weise geltend machen, daß nach zwei Folgesatzungen die erste Bestimmung, wonach die Hinterle der Leistung an den Gläubiger gleichsteht, unrichtig sei: sie ist ri soweit überhaupt etwas menschliches und darum relatives richtig sein

Das Gesetzbuch hat die Fassung etwas geändert; die Sach die gleiche geblieben: die Fassung ist popularisirt, aber zugleich wese abgeplattet: sie dringt nicht mehr in die Tiefe, wie es die fr that: es ist hier einer der Fälle, wo man der Kritik zu sehr F geleistet hat.

Nach der jetzigen Fassung ist es so: Die Hinterlegung be sobald die Rücknahme ausgeschlossen ist, Befreiung, aber nicht erst Moment des Ausschlusses der Rücknahme an, sondern rückwirkend dem Moment der Hinterlegung (§ 378); die Rücknahme aber wir als wenn die Hinterlegung nicht erfolgt wäre (§ 379); bis zur R nahme oder bis zum Ausschluß der Rücknahme kann: „der Schul den Gläubiger auf die hinterlegte Sache verweisen“.

Hier ist nun zunächst die erste Fassung unglücklich, denn sie auf eine Rückwärtswirkung, und jede Rückwärtswirkung ist Unnatur

Rückwirkung ist als Ausdrucksweise zulässig, nicht als Konstruktion. Viel richtiger wäre es zu sagen: die Hinterlegung tilgt, aber unter der Möglichkeit des Neuentstehens. Und die Fassung, daß im Fall der Rücknahme die Hinterlegung als nicht erfolgt gilt, enthält, wenn man sie beim Worte nimmt, eine Unrichtigkeit: es würde sich daraus ergeben, daß in der Zwischenzeit das Pfand mit voller Wirkung bestanden hat, daß der Bürge in voller Wirkung verpflichtet gewesen ist, was zu folgendem Resultat führen würde:

Der Bürge fällt in Konkurs, der Konkurs wird durch Zwangsvergleich erledigt; nachträglich nimmt der Schuldner das Depot zurück; da es nun so anzusehen ist, als ob die Hinterlegung nicht erfolgt wäre, so wäre der Gläubiger dem Bürgen gegenüber Konkursgläubiger und mithin nachträglich an den Vergleich gebunden! — ein offenbar unzutreffendes Resultat. Der dritte Absatz des § 379 hat nur dann einen richtigen Sinn, wenn man interpretirt: so gilt die Hinterlegung als nicht erfolgt, nämlich ex nunc, von der Rücknahme an.

Die Bestimmung aber, der Schuldner könne den Gläubiger auf das Depot verweisen, kann doch nichts anderes bedeuten, als: er erlangt, unter Bezug auf die Hinterlegung, gegen den Anspruch des Gläubigers eine exceptio, m. a. W. die Forderung des Gläubigers ist unwirksam geworden, und zwar, muß man hinzudenken, unwirksam vom Moment der Hinterlegung an, was auf das nämliche hinauskommt, wie wenn der erste Entwurf sagte, daß die Hinterlegung gleich der Leistung befreit.

Daß hiernach die Fassung des Gesetzes wesentlich gewonnen hätte, kann man nicht sagen.

Sie hat aber auch insofern verloren, als der im ersten Entwurf ausgesprochene sehr richtige Gedanke, daß der Schuldner die Rechte, die ein volles Definitivum erheischen, nur geltend machen kann, wenn die Rücknahme ausgeschlossen ist, nicht in gleich energischer Weise zum Ausdruck gelangte.

Gleichwohl kann nach dem ganzen Zusammenhalt der Bestimmungen kein Zweifel sein, daß auch das Gesetz auf folgender Konstruktion beruht: Die Hinterlegung tilgt, mit der Möglichkeit des Wiederauflebens, welche Möglichkeit so lange besteht, als die Rücknahme nicht ausgeschlossen ist. Daher hat insbesondere der Schuldner während der Hinterlegungszeit weder Zinsen noch Nutzungsersatz zu leisten (§ 379), er hat sie erst wieder zu leisten, wenn er die Sache zurücknimmt und

von dem Moment der Rücknahme an. Allerdings kommt diese
für den Annahmeverzug wenig in Betracht, da schon vom An
verzug an die Verzinsung von Geldschulden und der Nutzungserse
hört (§ 301); sie ist aber von Bedeutung für sonstige Fälle der
legung; sie ist auch von Bedeutung für den Fall der Verzinsun
Nichtgeldschulden, da nach § 301 der Annahmeverzug nur die
pflicht in Bezug auf Geldschulden zum Schweigen bringt: dies
in Betracht, sofern landesgesetzlich noch andere Sachen als Geld
als Kostbarkeiten und Werthpapiere) hinterlegt werden können,

Man wird entgegenhalten, daß der Schuldner bei der Rück
auch die Depositalzinsen mit zurücknimmt — das ist richtig,
fertigt aber in keiner Weise das System, daß er nun währe
ganzen Zeit die vermuthlich viel höheren Vertragszinsen zahle
auf solche Weise würde das Rücknahmerecht des Schuldners ga
gerechtfertigt verkümmert. Was er an Depositalzinsen erhalte
hat er natürlich dem Gläubiger in jedem Falle zu gewähren
das verlangt die bona fides.

Die Rücknahme des Schuldners findet nicht mehr statt, wen
Gläubiger (in der richtigen Weise) das Depot acceptirt hat,
nun das Eigenthum auf ihn übergegangen ist; dies ist selbstve
lich: die Traditionsofferte hat damit ihre definitive Lösung ge

Aber die Rücknahme ist noch in anderen Fällen ausgeschl
sie ist namentlich ausgeschlossen, wenn der Schuldner auf die
nahme verzichtet: dieser Verzicht kann nicht den Erfolg habe
Traditionsofferte zur Annahme zu bringen und den Gläubiger
Eigenthümer zu machen, denn das Eigenthum wird ihm nich
gedrängt; sie kann nur zur Folge haben, die Traditionsoffert
zulegen und dem Widerruf zu entziehen.

Mit diesem Verzicht auf die Rücknahme ist ein von mir
dringend betontes Postulat erfüllt worden.[65]) Solange der Sch
noch die Möglichkeit der Rücknahme hat, liegt noch kein
Definitivum vor, und diese dem Schuldner zustehende beliebige

[65]) Von den Kritikern des Entwurfs ist dieses, wie so manches
Verdienst, nicht immer genügend hervorgehoben worden. Zur Sache
meinen Aufsatz S. 348 f.; vergl. ferner den Verfasser des Artikels in G
Oesterreich. Centralbl. II S. 129 f., 135 f., der mit Recht auf die Analog
Sequestrationsvertrags hinweist.

lichkeit ist ihm selbst verhängnißvoll. Die Rücknahme hat die Wirkung, die Obligation mit voller Kraft gegen alle Betheiligten wieder zu erwecken: diese wird wieder erweckt, insbesondere bezüglich der Bürgen und Pfänder. Eine solche Situation nimmt dem Schuldner den Kredit, den er sich verschaffen könnte, wenn eine definitive Befreiung eingetreten wäre; und Operationen, wie Tilgung im Hypothekenbuch, gerichtliche Uebereignung der Sache nach Preiszahlung, Rückgabe der Pfänder setzen ein Definitivum voraus.

Frühere Gesetzbücher suchten diesem Bedürfniß dadurch zu entsprechen, daß sie in einigen Fällen das Rücknahmerecht ausschlossen, wo auf Grund der Hinterlegung Rechtshandlungen erfolgt waren, die ein Definitivum voraussetzen. So auch das Schweizer Obligat.-Recht a. 109: „Der Schuldner ist berechtigt, die hinterlegte Sache wieder zurückzunehmen, so lange nicht der Gläubiger deren Annahme erklärt hat oder in Folge der Hinterlegung eine Grundversicherung gelöscht oder ein Faustpfand zurückgegeben worden ist."

Allein sind das die einzigen Fälle, wo der Schuldner ein dringendes Interesse am Definitivum hat? Wie verhält es sich mit dem Bürgen, der dem Schuldner nicht für eine weitere Schuld bürgen will, solange die Gefahr besteht, daß die alte wieder auflebt?

Nur das Sächs. Gesetzb. §§ 756, 758 hatte bereits das richtige getroffen, und dieses ist s. Z. dafür von Unger getadelt worden (vergl. meinen Auss. S. 351 f.); sodann bestimmte die Preuß. Hinterlegungs-O. v. 14. März 1879 in § 19 für das Geltungsbereich des Allgemeinen Landrechts und des gemeinen Rechts, daß der Schuldner die hinterlegten Gelder nur zurücknehmen könne, wenn er sich in der Einlieferungserklärung das Rücknahmerecht vorbehalten habe.

Der Rücknahmeverzicht ist also ein großer Fortschritt und es muß diese Behandlung der Hinterlegung jetzt auch überall da zutreffen, wo die Reichsgesetze von Hinterlegung sprechen, so insbesondere auch im Falle des a. 40 der Wechsel-O. und der §§ 290, 301 H.G.B.

Der Rücknahmeverzicht ist eine einseitige Rechtshandlung — um nicht zu sagen, ein einseitiges Rechtsgeschäft. Ersteren Ausdruck gebrauche ich im Gegensatz zum Rechtsgeschäft zur Bezeichnung der unterstützenden, accessorischen Natur einer Rechtsthätigkeit. Einseitige Rechtshandlung und einseitiges Rechtsgeschäft ist, was man ehedem Kreation genannt hat: eine Rechtsthat, die ohne mitwirkenden Willensakt

eines Anderen zu Stande kommt. Solche einseitigen Rechtsschöpf
insbesondere einseitige Rechtshandlungen kennt das Civilrecht, w
Prozeßrecht, namentlich das Prozeßrecht, es giebt solche vo
Prozeß, es giebt solche noch mehr im Prozeß, und ich kann in
Beziehung auf meine prozessualischen Schriften verweisen.

Es ist nun ein großes Verdienst des Bürgerl. Gesetzbuchs
Art von Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften für das
recht deutlicher und klarer herausgehoben zu haben, als es gen
die Theorie gethan hatte, und klarer, als dies in irgend einem
buch vorher geschehen war.

Der Rücknahmeverzicht gehört zu den sog. empfangsbedürftigen R
handlungen. Mit diesem Ausdruck kann ich mich nicht befreunde
Rechtsakt bedarf keines Empfanges — wesentlich ist eben gerad
er keines Empfanges bedarf: er bedarf nur der Richtung nach
bestimmten Adressaten, und man bezeichnet darum solche Rec
besser als Rechtsakte mit bestimmter Adresse, als Adressenrech
Solche Rechtsakte sind nur gültig, wenn sie an eine bestimmte A
gerichtet, sie sind erst perfekt, wenn sie an diese bestimmte A
gelangt sind, so daß diese in der Lage war, den Akt in sich aufzun
und zu verstehen.[66])

Einen besonderen Charakter haben diejenigen einseitigen Ad
rechtsakte, die an eine Behörde gerichtet sein können oder müss
der typische Fall, den schon das frühere Recht, z. B. das franz
Gesetzbuch, kannte, ist der Fall der Erbausschlagung (§ 1945 B. G
ein anderer Fall aber ist dieser Verzicht auf das Rücknahmerech
von diesem ist noch zu handeln.

Als einseitige Adressenrechtshandlung unterliegt der Rückn
verzicht den Rechtsgrundsätzen der einseitigen Adressenrechtsakte; 1. bez
der Geschäftsfähigkeit: der Minderjährige und Halbentmündigte[68])

---

[66]) Sofern sie hier angelangt sind, ohne daß früher oder gleichzei
Widerruf eingetroffen ist, § 130 B.G.B. Sie sind an die Adresse auch
gelangt, wenn z. B. der Gerichtsvollzieher sie einhändigen sollte, der A
die Annahme verweigerte, und der Gerichtsvollzieher die Erklärung zu
(B.G.B. § 132, C.P.O. § 170).

[67]) Bei Erklärung an eine Behörde kann der Fall des § 131 A
nicht vorliegen.

[68]) Als solche bezeichne ich die in § 114 B.G.B. genannten Perso

der Einwilligung gesetzlicher Vertreter und die Behörde kann die Erklärung zurückweisen, wenn die Einwilligung nicht in schriftlicher Form vorgelegt wird (§ 111 B. G.B.);

2. bezüglich der Anfechtung wegen Irrthums, Täuschung und Drohung (§§ 119, 121, 123, 124); die Anfechtung hat gegenüber dem Adressaten, also gegenüber der Behörde zu geschehen (welche sie den Betheiligten mitzutheilen hat, hier also dem im Annahmeverzug befindlichen Gläubiger);[69]) oder auch gegenüber demjenigen, der durch die Rücknahmeerklärung einen Vortheil erlangt, also gegenüber dem Gläubiger, zu dessen Gunsten die Hinterlegung erfolgt ist (B. G.B. § 143).

Der Rücknahmeverzicht muß also der Hinterlegungsstelle gegenüber erklärt sein, ein anderer Verzicht hat diese Wirkung nicht; also nicht ein Verzicht, den der Schuldner dem Bürgen oder dem nachstehenden Pfandgläubiger gegenüber aussprechen würde: ein solcher Verzicht hätte (wenn von diesem ausdrücklich oder stillschweigend acceptirt) nur die obligationsrechtliche Wirkung, daß sich der Schuldner verpflichtete, von dem Rücknahmerecht keinen Gebrauch zu machen. Fraglich ist es, ob in solchem Falle der Bürge berechtigt ist, vom Schuldner die Erklärung gegenüber der Hinterlegungsstelle zu verlangen; dieses wird Frage der Vertragsauslegung sein: der Vertrag kann wohl so gemeint werden, daß er nur eine Berücksichtigung des einzelnen Bürgen, nicht eine totale Verzichtleistungsverpflichtung involvire; involvirt er eine Pflicht zur totalen Verzichtserklärung, dann kann nach den Regeln des Obligationsinteresses eine Erklärung gegenüber der Hinterlegungsstelle begehrt und solche nöthigenfalls in prozeßgemäßer Weise gerichtlich erzwungen werden.

Der Rücknahmeverzicht kann nicht unter Bedingung und Befristung erfolgen. Zwar findet sich hier keine ausdrückliche Bestimmung des Gesetzbuchs, wie bei einigen andern einseitigen Rechtshandlungen (§ 1598, 1724, 1947), es ergiebt sich dies aber aus dem ganzen Zweck des Instituts. Der ganze Zweck des Rücknahmeverzichts ist: ein Definitivum zu schaffen, die Traditionsofferte unwiderruflich zu machen und damit der Zahlung gleichzustellen. Dieser Zweck würde nicht erreicht, die Ungewißheit würde nur nach einer andern Seite hin

[69]) In gewissen Fällen ist dieses die einzige Form, vergl. § 1599 (cf. 1597) 1955.

verlegt; ja, sie würde noch schlimmer: sonst weiß doch die Hinterleg
behörde, daß die einfache Rücknahme statthaft ist und daß ma
Depot zurückzugeben hat; jetzt aber müßte die Hinterlegungsb
prüfen, ob die beim Rücknahmeverzicht gesetzte Suspensiv- oder
lutivbedingung eingetreten ist: je nachdem wäre der Schuldne
nahmeberechtigt oder nicht; das würde die Behörde in die
Ungewißheit stoßen und ihr ein Prüfungsgeschäft auferlegen
das ihr jedes genügende Hilfsmaterial gebricht. Uebrigens is
aus § 378 zu sehen, daß ein Rücknahmeverzicht nur ein Defin
sein kann, denn durch den Ausschluß des Rücknahmerechts so
Effekt der Zahlung bewirkt werden, und Zahlung will Definit
Zahlung ist Friede.

Soweit der Rücknahmeverzicht. Außerdem ist die Tradi
offerte festgelegt und dem Widerruf entzogen, wenn ein rechtskr
Urtheil die Hinterlegung bestätigt (§ 376, 3).

Damit verhält es sich, wie folgt: ein Urtheil, das die H
legung als wirksam geschehen erklärt, erklärt damit die Forderu
getilgt; das Urtheil schafft ein Definitivum, welches mit der
nahme und dem Wiederaufleben der Obligation unverträglich is
Urtheil in der Art: die Hinterlegung ist erfolgt, also mit til
Wirkung, aber unter Vorbehalt des Wiederauflebens der Oblig
— würde der Bestimmung des Urtheils widersprechen. Auch hi
das Urtheil nicht die Wirkung, die Tradition zu vervollständige
den Gläubiger zum Eigenthümer zu machen, sondern die Tradi
offerte festzunageln und sie der Disposition des Schuldners zu ent

Das Gesagte gilt von jedem rechtskräftigen Urtheil, welch
uns res judicata macht; es gilt auch von einem für uns
gebenden ausländischen Urtheil, es gilt auch von einem Schiedss
und zwar ist hier Folgendes zu beachten:

Die Rücknahme ist ausgeschlossen, wenn eine Entscheidun
Schiedsspruch mit res judicata gefällt ist. Nimmt daher der Sch
jetzt zurück, so begeht er ein Unrecht gegen den Gläubiger und
dafür aufkommen; die Hinterlegungsbehörde allerdings ist dem Glä
gegenüber frei, wenn sie zurückgiebt, ehe ihr ein rechtskräftiges Ge
urtheil vorgelegt wird, also ein Vollstreckungsurtheil oder ein d
judicata bestätigendes Feststellungsurtheil; und so kann sie au
ausländischen Urtheilen ein Vollstreckungsurtheil oder ein dem

streckungsurtheil entsprechendes Festsetzungsurtheil begehren. Dem steht eine Erklärung des Schuldners, welche die Rechtskraft anerkennt, gleich.

Nimmt der Schuldner vor der Rechtskraft des Urtheils zurück, so ist das kein Unrecht; aber es wäre ein Unrecht, wenn er sich nunmehr auf das die Tilgung der Schuld durch Hinterlegung unterstellende Urtheil berufen würde; sollte er es thun, so würde ihm die actio und exceptio doli entgegenstehen, denn dies wäre ein materielles Widerrecht (§ 823 B. G.B.)[70]).

Ein letzter im Gesetz nicht ausdrücklich hierher gerechneter Fall ist, wenn 30 Jahre seit der Hinterlegung und der dem Gläubiger gemachten Anzeige verstrichen sind (§ 382 B. G.B.). Nach dem Wortlaut des Gesetzes scheint es, als ob gerade hier der Schuldner die Rücknahme habe, allein nur eine Betrachtung von obenhin kann zu solcher Meinung führen; denn die Rücknahme nach Ablauf der 30 Jahre hat einen ganz anderen Charakter, wovon alsbald (S. 229 f.) zu handeln sein wird.

Endlich giebt es einen Fall, wo die Rücknahme nicht dauernd, aber auf Zeit ausgeschlossen ist: auf Zeit, allerdings nicht kraft eines zeitlichen Verzichts, denn dieser wäre unzulässig, aber kraft Gesetzes und während einer gesetzlich bestimmten Frist: während nämlich der Schuldner in Konkurs ist, darf er das Depositum nicht zurücknehmen (§ 377); er darf es nicht bis zur Erledigung des Konkurses; und sollte etwa der durch Zwangsvergleich erledigte Konkurs später wieder erweckt werden, so hätte er zwar in der konkursfreien Zwischenzeit ein Rücknahmerecht, nicht aber, nachdem der Konkurs wieder in Kraft getreten ist.

Der Grund ist nicht der, als ob der Kridar sich dadurch ein vom Beschlagsrechte der Gläubigerschaft freies Vermögensstück verschaffte,

---

[70]) Es ist dies also einer derjenigen Fällen, wo dem sich auf rechtskräftiges Urtheil berufenden die actio doli entgegensteht. Vergl. meinen Ungehorsam und Vollstreckung S. 50 f. Wenn einige Praktiker meine dortigen Ausführungen beanstanden wollten, als ob dies gegen das Gesetz verstieße und die Rechtskraft erschütterte u. s. w., so muß energisch entgegengehalten werden, daß der Civilprozeß eine Wissenschaft ist und daß in Fragen der Wissenschaft die Praxis von der Theorie Belehrung zu holen hat, nicht umgekehrt — wobei, wie immer, für die Qualität als Praktiker und Theoretiker nicht die Berufsstellung entscheidet, sondern die Art des Studiums. Der Gesetzeskommentar ist nur der Anfang wissenschaftlicher Bearbeitung: die wahre Wissenschaft beginnt mit dem System.

denn es wird unten (S. 225) ausgeführt werden, daß die Gläubig schaft zwar das Recht der Rücknahme nicht geltend machen, aber d Rücknahmeobjekt für den Fall, daß der Schuldner die Rücknahme gelt macht, in Beschlag nehmen kann. Der Grund liegt vielmehr dar daß es unzuläßig wäre, wenn der Kridar die Situation des empfan berechtigten Gläubigers verschieben dürfte, zu einer Zeit, wo er ihm seinem Vermögen nur den Verfall bieten kann.

Man kann allerdings entgegenhalten, daß es Sache des Gläubig wäre, das Depot anzunehmen, und damit die Rücknahme von sel auszuschließen; aber die Annahme des Gläubigers könnte ihre Schwier keiten haben, so wenn das Annahmehinderniß in einer objektiven U sicherheit auf Seite des Gläubigers beruht, so im Fall des § 373.

Die Rücknahme ist also hier ausgeschlossen zu Gunsten des Gläubige für den hinterlegt worden ist; sie ist aber auch ausgeschlossen zu Gunst der Mithaftenden; denn es ist gleichfalls unzuläßig, die Verpflichtu der Bürgen wieder zu erwecken, die im Schuldner nichts als einen Ga schuldner finden.

Daraus geht hervor: das Verbot der Rücknahme ist im Intere einer Mehrheit von Personen gegeben; es kann darum nur durch d Zustimmung der Mehrheit von Personen beseitigt werden. Der Gläubig kann es allerdings dann beseitigen, wenn er auf den Zugriff gegen sämm liche Dritte (Bürgen und Sammtschuldner) verzichtet, denn dann hab diese kein Recht und kein Interesse, sich der Rücknahme zu widersetze die Folge der Rücknahme wäre dann allerdings nicht die, daß d Schuldner die Summe bekäme, sondern daß sie in den Konkurs fiele, d wie unten (S. 225) auszuführen, der Konkursbeschlag die Hinterlegung summe für den Fall, daß das Rücknahmerecht ausgeübt wird, mit ergrei

Aus der obigen Erwägung ergiebt sich, daß das gleiche Verb auf der Sache lastet, wenn eine Nachlaßverwaltung stattfindet (§ 197 B. G.B.); denn auch hier ist der Erbe als Schuldner nicht berechtig an der Situation der Betheiligten etwas zu ändern: er hat insofer die Stellung eines Gantschuldners (§ 1984).

§ 12.

Hat der Schuldner das Rücknahmerecht, so hat er es höchstpersönlic es steht weder dem einzelnen Gläubiger zu, der pfändend darauf greife wollte, noch der Konkursmasse (§ 377). Auch in dieser Hinsicht i

ein von mir aufgestelltes Postulat erfüllt (Abhandl. S. 349, vergl. auch Arch. f. bürgl. Recht I S. 355).

Das Rücknahmerecht muß höchst persönlich sein, denn die Rücknahme bewirkt nicht nur das Wiederaufleben einer Verbindlichkeit, sondern das Wiederaufleben einer Verbindlichkeit mit Wirkung gegen Dritte; dazu kann aber ein Anderer kein Recht haben: ein Anderer kann kein Recht haben, auf Dritte zu wirken. Wie, wenn der Schuldner etwa dem Bürgen oder dem nachstehenden Pfandgläubiger das Ehrenwort gegeben hat, das Depositum nicht mehr zu revoziren, und diese sich darauf verlassen haben? Allerdings nimmt in einem analogen Fall eine verbreitete Ansicht an (und auch ich habe es einst angenommen), daß die Anfechtung einer vom Schuldner geleisteten Zahlung auf dem Wege der Pauliana, kraft welcher das Gezahlte zurückgegeben werden muß, die Forderung mit all ihren Accessorien wieder erwecke; eine solche Behandlung wäre ein schlimmer gesetzgeberischer Fehler, sie ist auch nach dem § 32 Konkurs-Ordnung nicht anzunehmen, sondern es ist anzunehmen, daß nur die Schuld soweit wieder hergestellt wird, als sie durch Verfügung der Gläubigerschaft wieder hergestellt werden kann, d. h. in der Art, daß eine neue von diesem Datum geltende Verbindlichkeit des Schuldners entsteht.[71])

Daher kann der Schuldner das Rücknahmerecht nicht durch Cession übertragen: er kann natürlich die eventuelle actio depositi übertragen, falls er von dem Rücknahmerecht Gebrauch macht[72]) (in welchem Falle die Cession in entsprechender Weise der Hinterlegungsstelle kundzugeben ist, § 409 B. G.B.), aber er kann nicht die Befugniß cediren, die Rücknahme zu bestimmen und dadurch das alte Schuldverhältniß mit Bürgen und Pfändern wieder zu erwecken.

Auch hat, wenn ein Gesammtschuldner hinterlegt hat, nur er, nicht etwa seine Mitschuldner, das Recht der Rücknahme; sie haben es auch nicht etwa in der Art, daß sie die Uebergabe des Depots in die Hand des zahlenden Schuldners verlangen könnten; das Interesse der Tilgung ist für jeden Schuldner ein selbständiges, nur daß eben an der *erfolgten* Tilgung durch den einen alle theilnehmen, — dagegen steht eine Hinderung der Tilgung keinem Mitschuldner zu.

[71]) Leitfaden des Konkursrechts S. 75 (anders Lehrbuch S. 265).

[72]) Denn die actio depositi besteht für den Schuldner erst nach Erklärung, daß vom Rücknahmerecht Gebrauch gemacht werde. Vergl. noch unten S. 225.

In gleicher Weise muß gesagt werden: weder ein Einzelgläubig noch die Gläubigerschaft im Konkurs hat das Recht, die Rücknahn befugniß des Schuldners zu beschlagnahmen und sie für sich geltend machen: sie haben kein Recht, eine Rücknahme in der Art zu bewirken, d die Haftung Dritter wieder ersteht; sie haben auch kein Recht, die Rücknah so zu bewirken, daß die Forderung des Gläubigers in verstümmel Weise, ohne diese Dritthaftung wieder erstehe; das wäre ein eklatan Rechtseingriff gegen den Gläubiger: wenn dies letztere im Fall des § Konkurs-Ordnung vorkommt, so ist ein solcher Rechtseingriff gerec fertigt, denn eine Anfechtung nach § 32 Konkurs-Ordnung setzt ein tadel werthes Verhalten des die Zahlung empfangenden Gläubigers vora

Da mithin das Rücknahmerecht höchst persönlich ist, so muß gefolg werden: der Verzicht auf das Rücknahmerecht ist nie ein Einbruch das Recht der Gläubiger, er trifft auch nicht ein Vermögensstück, das die Gläubiger ein Beschlagsrecht haben; er kann daher weder du Pauliana angefochten werden, noch ist er im Konkurse durch das Beschla recht der Gläubigerschaft ausgeschlossen; mithin hat der Kridar das fr Recht, auch während des Konkurses auf die Rücknahme zu verzicht und dann hat dieser Verzicht die gewöhnliche Folge. Man kann auch ni entgegenhalten: der Schuldner habe während des Konkurses kein Rü nahmerecht (S. 221), er könne daher nicht mit Wirksamkeit auf d Rücknahmerecht verzichten: denn dem Kridar ist das Rücknahmerecht r während des Konkurses suspendirt, es wird nach dem Konkurs wie frei, und daraufhin kann der Verzicht ausgesprochen werden; denn d Kridar ist völlig geschäftsfähig, er kann nur nicht in das Beschlagsrecht d Gläubigerschaft eingreifen,[73]) und ein solcher Eingriff liegt hier nicht v

Ob umgekehrt, wenn der Schuldner den Rücknahmeverzicht ni ausspricht, der Konkursverwalter ihn aussprechen darf, wird sof erörtert werden.

Hier ist noch folgendes beizufügen: dieselben Gründe, welche geg das Rücknahmerecht des Konkursverwalters sprechen, gelten auch geg den Nachlaßverwalter: auch er ist nicht berechtigt, eine Rücknahme bestimmen mit der Wirkung, daß dadurch das Schuldverhältniß wie erweckt wird; auch er ist nicht berechtigt, die Rücknahme in der A zu bestimmen, daß das Recht des Gläubigers in verstümmelter We ersteht; auch er ist daher nicht zur Rücknahme befugt.

[73]) Lehrbuch des Konkursrechts S. 299 f.

Das Rücknahmerecht ist also höchst persönlich und jedem Beschlag entzogen.

Dagegen ist allerdings weder dem Einzelgläubiger noch der Konkursverwaltung verwehrt, auf das Depot für den Fall zu greifen, daß der Schuldner von sich aus die Rücknahme erklärt: zwar wird erst mit dieser Erklärung des Schuldners der Rücknahmeanspruch begründet, allein er ersteht kraft eines schon vorher vorhandenen Rechtsverhältnisses und ist daher beschlagsfähig und arrestfähig.[74]) Allerdings hat dies für den Konkurs keine Bedeutung, da während des Konkurses der Schuldner die Rücknahmeerklärung nicht geben kann, sie hat etwa nur dann Bedeutung, wenn der Schuldner vorher die Erklärung in rechtsgültiger Weise abgegeben, aber das Geld noch nicht abgehoben hätte.

Es muß ferner dem Konkursverwalter nicht verwehrt sein, falls der Kridar es nicht thut, den Verzicht auf die Rücknahme auszusprechen: der Konkursverwalter kann nicht bewirken, daß etwas Gezahltes nicht gezahlt werde, aber er kann bewirken, daß, was nicht gezahlt ist, gezahlt werde, denn es stünde ihm auch zu, aus dem Konkursvermögen einen Gläubiger zu bezahlen, ein Pfand zu lösen u. s. w.[75]) Dies kann von Bedeutung sein, weil durch einen solchen Verzicht die Hinterlegung in ihrer Wirkung vollendet und dadurch vielleicht ein Pfandrecht zur Befriedigung gebracht, das Interesse der Gläubigerschaft gefördert wird.

Auch das Annahmerecht des Gläubigers ist in gewissem Sinne höchst persönlich, denn durch die Annahme wird ihm zwar etwas erworben, es geht ihm aber auch, kraft der radikal tilgenden Weise, das Obligationsrecht gegen seinen Schuldner völlig verloren, es geht ihm verloren, auch wenn sich der Schuldner das Rücknahmerecht vorbehalten hatte, es geht ihm verloren, auch wenn der Gläubiger gegen das Depot berechtigte Einwände zu machen hätte.[76])

---

[74]) Vergl. auch die Preuß. Hinterlegungs-O. vom 14. März 1879 § 24. Die Bestimmung vom Novell. 88 c. 1 (Authent. zu c. 11 dep.) ist prozessualisch und kommt jedenfalls für uns nicht mehr in Betracht.

[75]) Vergl. hierüber auch Konkursrechtliche Studien, im Arch. f. civ. Praxis Bd. 81 S. 349.

[76]) Vergl. unten S. 234.

Allein das Annahmerecht steht jedem zu, dem die Forderung
steht: die Annahme ist gewissermaßen eine Verfügung über die For
rung; geht daher die Forderung über, so geht auch das Annahmer
über (vergl. oben S. 210); fällt der Gläubiger in Konkurs, so ka
der Konkursverwalter kraft des Beschlagsrechts die Forderung einzieh
also auch die Annahme aussprechen; und ebenso kann der pfänder
Gläubiger und der Pfandgläubiger der Forderung die Annahme a
sprechen, soweit er zur Einziehung der Forderung berechtigt ist (§ 73
C.P.O., § 1282 B. G.B.).

§ 13.

Die Hinterlegung tilgt also die Schuld; sie tilgt sie radikal
dem Moment, wo die Rücknahme ausgeschlossen ist; sie tilgt
wenigstens vorläufig, auch wenn die Rücknahme gestattet ist. Dara
geht hervor, daß jedenfalls mit dem Moment, wo die Rücknahme au
geschlossen ist, eine anderweitige Zahlung nicht mehr geschehen kar
d. h. keinen Zahlungscharakter mehr hat, daß also eine anderweiti
Zahlung Zahlung eines indebitum ist und so behandelt werden m
Dies gilt so sehr, daß zwar die Parteien eine neue Verbindlichkeit
zeugen, nicht aber die alte Verbindlichkeit mit ihren Accessorien a
dem ewigen Tode wieder erwecken können.[77])

Anders, solange die Rücknahme noch möglich ist — solange
auch eine Zahlung oder eine sonstige Tilgung der Forderung mögli
es ist eine Zahlung möglich durch den Schuldner, es ist eine
friedigung möglich durch Zwangsvollstreckung gegen den Schuld
(sofern etwa das Depot im Prozeß nicht geltend gemacht wird o
die Vollstreckung auf Grund eines vollstreckbaren Titels erfolgt) o
durch Zahlung im Konkurs;[78]) es ist eine Zahlung durch einen Drit
möglich — alles dieses ist möglich, denn hierdurch wird eine radik

[77]) Noch weniger würde sie natürlich wieder erweckt, wenn die Hint
legungsstelle dem Schuldner die Sache widerrechtlich, z. B. aus Versehen, hera
zahlen würde: in solchem Falle hätte zwar der Gläubiger das Recht, v
Schuldner die Sache wieder zu verlangen, aber nicht kraft des ursprünglic
Schuldtitels, sondern kraft der dem Gläubiger durch die definitive Hinterleg
erworbenen Anwartschaft auf das (durch Traditionsofferte dargebotene) dingli
Recht an der Sache.

[78]) Wenn z. B. der Konkursverwalter und die Mitgläubiger nichts v
Depot wissen.

Befreiung bewirkt, während die Hinterlegung mit Rücknahmerecht nur eine provisorische Befreiung schafft; es ist aber ein dringendes Interesse des Gläubigers, aus den schwankenden Verhältnissen herauszukommen zu definitiven Zuständen; das kann er allerdings auch durch Annahme des Depots, allein diese Annahme kann, wie oben (S. 222) bemerkt, ihre Hindernisse und Bedenken haben.

Das Definitivum kann auch im Interesse Dritter sein, so der Gesammtschuldner: hat ein Gesammtschuldner hinterlegt, aber nicht auf die Rücknahme verzichtet, so sind die übrigen Gesammtschuldner nicht definitiv befreit, sie haben aber ein Recht, eine solche Befreiung zu erstreben; daher können sie ihrerseits zahlen oder mit Rücknahmeverzicht hinterlegen und damit die Forderung radikal tilgen.

Das können auch Bürgen, das kann auch der Pfandeigner — dies ist das ihnen zu Gebote stehende Mittel, um eine radikale Tilgung der Schuld und damit ihre definitive Befreiung herbeizuführen und sie aus der lästigen Situation zu lösen, in die sie der Schuldner durch die rücknahmefähige Hinterlegung gebracht hat.

In solchen Fällen der definitiven Tilgung der Obligation wird das Depot frei; es wird frei zu Gunsten des hinterlegenden Schuldners, wenn es nicht etwa beschlagnahmt wurde (was nach dem Obigen S. 225 möglich ist) oder wenn nicht der zahlende Dritte in das Recht des Gläubigers gegen den Schuldner eintritt, in welchem Falle mit der Forderung auch das Annahmerecht übergeht — ebenso wie auf den Cessionar.

Das Depot wird also in diesem Falle frei. Man kann entgegenhalten, dies sei nichts neues, da ja dem Schuldner an sich das Rücknahmerecht zusteht — allein es ist insofern etwas neues, als nunmehr der Gläubiger nicht mehr das Recht hat, durch Annahme der Traditionsofferte das Depot zu vinkuliren; eine solche Annahme würde ihn zwar jetzt noch de jure zum Eigenthümer machen (vergl. S. 233), aber es stünde dem Schuldner und der Hinterlegungsstelle die exceptio doli zu; und hätte der Gläubiger das Depot erhoben, so hätte der Schuldner die condictio indebiti (§ 812 B. G.B.).[79])

Auch das ist eine Folge der Freiheit des Depots, daß nunmehr ein Verzicht des Schuldners auf Rücknahme wirkungslos wird: denn

[79]) Daß auch sonst die Rücknahme nach Freiwerden des Depots eine andere Bedeutung hat, darüber vergl. unten S. 230.

ein solcher Verzicht kann nur erfolgen, solange das Depot in völlig nahmefähiger Weise besteht, und dies ist, wie bemerkt, nicht der Fall.

Eine solche Freiheit des Depots tritt auch ein, wenn der Gläub dem Schuldner die Forderung erläßt, sie tritt aber nicht ein, so die Gläubigerforderung in Folge eines Zwangsvergleichs gemin wird; denn der Zwangsvergleich läßt eine natürliche Verbindlic übrig, welche die Zahlung nicht ausschließt: nimmt also jetzt Gläubiger das Geld an, so nimmt er keine Nichtschuld an.

Aus demselben Grunde tritt die Befreiung nicht ein durch Verjährung, denn die Verjährung läßt eine erfüllbare natur obligatio übrig (§ 222 B. G.B.).

Anders im Fall des § 382 B. G.B., auf den sofort einzugehen

Eines ist noch beizufügen. Soeben wurde von dem Fall gegangen, daß die Hinterlegung eine Hinterlegung mit Rücknah recht war; denn bei einer Hinterlegung ohne Rücknahmerecht trit sofort eine solche Tilgung der Schuld ein, daß von einer anderwärt Tilgung nicht die Rede sein kann. Wie aber, wenn in diesem der Gläubiger nochmalige Zahlung erhalten hätte? und wenn er erhalten hätte in einer Weise, daß diese Zahlung durch keine condi indebiti rückgängig gemacht werden könnte?[80]) ich meine auf Gr eines richterlichen Urtheils? — in diesem Falle würde sich das zurücknehmbare Depot als eine Doppelzahlung, als eine ungere fertigte Bereicherung darstellen, und der Schuldner hätte das forderungsrecht wegen ungerechtfertigter Bereicherung: er könnte dessen vom Gläubiger begehren, daß er das Depot nicht annimmt daß er ihm die Befugniß ertheilt, das Depot wieder zurückzunehm und die Annahme des Depots wäre dolos und würde den Schul zur actio doli berechtigen.

Das würde auch dann gelten, wenn eine condictio ind deßhalb ausgeschlossen wäre, weil der nachträgliche tilgende Af einem Erlaß der Forderung bestände: auch hier hätte der Schul das Recht, die durch rücknahmeloses Depot erfolgte Tilgung als n trägliche ungerechtfertigte Bereicherung zu behandeln, und es wü dieselben Grundsätze gelten wie soeben.

[80]) Denn in normalen Fällen ist natürlich dadurch zu helfen, daß zweite Zahlung durch Kondiktion zurückgefordert wird (S. 226).



Eine besondere Bedeutung hat der § 382 B.G.B. Er spricht von dem Fall, daß 30 Jahre seit der Hinterlegung verstrichen sind — genauer, seit der Anzeige hiervon an den Gläubiger[81]) — ohne daß der Gläubiger das Depot angenommen hat.

Hier treten dingliche und obligatorische Folgen ein. Die dingliche Folge besteht darin, daß die Traditionsofferte erlischt: diese hört auf, der Gläubiger kann sie nimmer annehmen, die Annahme hätte nicht die Wirkung, ihn zum Eigenthümer zu machen; sie könnte die Wirkung nur haben, wenn der Schuldner neuerdings zustimmte, d. h. die Traditionsofferte erneuerte; sie hätte diese Wirkung selbst dann nicht, wenn der Schuldner auf die Rücknahme verzichtet hätte, auch dann nicht, wenn die Hinterlegung gerichtlich bestätigt worden wäre.

Die obligationsrechtliche Wirkung aber ist das definitive, radikale Erlöschen der Schuld. Sie erlischt also, auch wenn der Schuldner bis zuletzt das Rücknahmerecht hatte, also wenn weder ein Verzicht darauf, noch ein richterliches Urtheil vorlag; war einer dieser zwei letzten Fällen gegeben, so bedarf es natürlich nicht eines nochmaligen radikalen Erlöschens, denn das radikale Erlöschen erfolgte bereits mit diesem Moment; bedeutungsvoll ist aber, daß die erloschene Obligation erloschen bleibt, obgleich dem Gläubiger ein Recht auf die offerirte Erfüllungssache nicht mehr zusteht, weil die Traditionsofferte ihre Kraft verloren hat: wo überall die Traditionsofferte kraftlos ist, ist natürlich auch das Vindikationsrecht und die actio depositi des Gläubigers erloschen, die ja nur das Resultat der Tradition sind (oben S. 209 f.).

Die Traditionsofferte ist also erloschen, die Schuld ist definitiv getilgt, als wie wenn sie von dritter Seite bezahlt worden wäre; daraus folgt natürlich: das Depot wird frei und der Schuldner hat das Recht, das Depot zurückzuziehen; er hat das Recht, es zurückzuziehen, auch wenn er auf die Rücknahme verzichtet hatte, auch wenn ein bestätigendes richterliches Erkenntniß ergangen war. Die Rücknahme ist ja keine Rücknahme kraft des Revokationsrechts des Hinterlegers, sie ist eine Rücknahme kraft der Freiheit des Depots, wie im Falle oben (S. 227), nur daß hier das Depot frei wird, selbst wenn es mit Rücknahmeverzicht hinterlegt worden ist.

[81]) Der Schuldner wird gut thun, diesen wichtigen Akt der Benachrichtigung dadurch festzulegen, daß er sich eines Gerichtsvollziehers bedient (§ 132 B. G.B.).

Es bedarf keiner Ausführung, daß diese Rücknahme des D wegen Schuld- bezw. Traditionserlöschens einen anderen Charakter ha die Rücknahme während schlummernder Obligation: jetzt bewirkt die nahme nie das Wiederaufleben der Verbindlichkeit mit ihren Accessi Die Rücknahme ist analog einer Rücknahme der Zahlung, die a Gläubiger zu Unrecht (nach erloschener Forderung) gelangt wär hat den Charakter der Rückforderung einer ungerechtfertigten Bereiche und diese ungerechtfertigte Bereicherung liegt in der Situation Gläubigers, auf die er kein Recht mehr hat: in der rechtlichen Situ die besteht, solange die Traditionsofferte dauert und er sich zum E thümer machen kann, in der faktischen Situation, die auch nach erlos Traditionsofferte insofern fortdauert, als die Vermögenssache für Z des Gläubigers der Verfolgung des Schuldners entzogen ist.

Daraus giebt sich von selbst: die Rücknahme im Falle de folgten sonstigen Tilgung der Obligation und insbesondere die nahme im Falle des § 382 hat einen ganz anderen Charakte die Rücknahme kraft des Rücknahmerechts des Hinterlegers; si den Charakter einer condictio und steht daher auch den Gläub und der Gläubigerschaft des Schuldners nach Maßgabe des Pfänd und Konkursrechts zu; die Bestimmung des § 377 ist nur fü Fall gegeben, daß die Rücknahme eine Rückziehung des Depots Ausübung des dem Hinterlegenden als solchen zustehenden willkür Revokationsrechts darstellt, nicht für den Fall, daß sie stattfindet, die Hinterlegung nunmehr ihre causa, ihre Voraussetzung eing hat und darum frei geworden ist.

Eben ist von der Bestimmung des § 382 die Rede gen diese gewinnt durch das Einführungsgesetz eine gesteigerte Bedeu Das Erlöschen der Schuld nach Ablauf der 30 Jahre ist eine sehr hinausgeschobene Eventualität, die ja immerhin von Bedeutung ist, die Sache sehr lange in pendenti läßt. Es ist nun der La gesetzgebung durch A. 145 E.G. anheimgestellt, zu verordnen, nach bestimmter Zeit und unter besonderen Voraussetzungen[82]) Depot dem Fiskus oder der (vielleicht nicht fiskalischen) Hinterleg anstalt verfällt. Damit ist gesagt: die Traditionsofferte erlischt mi lauf dieser Frist; es ist ferner gesagt: die Schuld erlischt mit A

[82]) Insbesondere kann bestimmt werden, daß bei diesem vorzeitigen fall ein Aufgebot stattfinden soll; vergl. z. B. Preuß. Hinterlegungs-O. §

dieser Frist, ohne daß der Gläubiger aus dem Depot Befriedigung erhält; es ist aber weiter gesagt: auch das Eigenthum des Schuldners am Depot soll zu Gunsten des Fiskus oder der Anstalt verfallen. Die Landesgesetze dürfen also hiernach eine Enteignung bestimmen, deren Rechtsgrund sich wie folgt entwickeln läßt: der Schuldner ist befreit, ohne daß der Gläubiger Zahlung bekommt; einen rechten Grund hat es nicht, daß der Schuldner, der befreit ist, das Depot lucrirt; mithin ist es besser, wenn das Vermögensgut der Oeffentlichkeit zu Gute kommt. Immerhin hat aber das Reichsgesetz die Beschränkung beigefügt, daß dieser Verfall an die öffentliche Kasse erst erfolgen darf, nachdem man dem Schuldner die Möglichkeit geboten hat, das Hinterlegte zurückzunehmen: diese Möglichkeit soll er ein ganzes Jahr haben von der Zeit an, wo die landesgesetzliche Frist verstrichen und das Rücknahmerecht des Gläubigers erloschen ist. Daher tritt für die Enteignung der weitere Grund ein: Lässigkeit und mangelndes Interesse des Hinterlegers. Wünschenswerth ist es, wenn vorgeschrieben wird, daß nach Ablauf der genannten Frist eine Mahnung an den Schuldner ergeht und daß erst von der Mahnung an die einjährige Frist gerechnet wird.

§ 13.

Bisher sind wir davon ausgegangen, daß das Depositum ein reguläres Depositum ist: das ist aber nicht immer der Fall, ja es läßt sich nicht einmal als Regel aufrecht erhalten. Die Hinterlegung von Geld geschieht regelmäßig nicht in specie, sondern in genere, und die Hinterlegung wird ein depositum irregulare; dies ist schon früher angenommen[83]) worden, und die Landesgesetze werden nicht zögern, gemäß der in A. 145 ff. gegebenen Gestattung, solches bezüglich des Geldes vorzuschreiben.[84])

Es kann aber auch bezüglich der Werthpapiere vorgeschrieben werden, und das ist (etwa mit Ausnahme der Prämienpapiere) sehr empfehlenswerth. Die Hinterlegungsbehörde, hinter der ja eine völlig sichere Garantie stehen muß (Staat u. s. w.), wird dadurch von einer großen Last der Vermögensverwaltung befreit und von der Unsicherheit und

---

[83]) Vergl. meinen Aufsatz S. 347 f.

[84]) Vergl. Preuß. Hinterlegungs-O. vom 14. März 1879 § 7: das hinterlegte Geld geht in das Eigenthum des Staates über.

Verantwortlichkeit, die sich aus einer Situation giebt, wo die
waltung für Personen verschiedenen Interesses geführt werden so

Bestimmt die Landesgesetzgebung solches, so ist das Depo
von Gesetzes halber ein **depositum irregulare**: hinterlegtes Geld
hinterlegte Werthpapiere gehen in das Eigenthum des Staates üb
ohne daß dies ausdrücklich gesagt wird, ja, auch wenn der Hinte
ein Entgegengesetztes meint. Es wäre nur dann anders, wenn er
solchen entgegengesetzten Willen zum Ausdruck brächte; jetzt ist es
der Hinterlegungsbehörde, wenn sie nicht darauf eingehen will
kann, das Depot zurückzuweisen.

Die obligationstilgende Wirkung einer solchen Art von H
legung ist wie oben. Die dingliche Wirkung ist eine andere. Da das H
legungsgut in das Eigenthum der Behörde kommt (allerdings m
Treupflicht der Erhaltung des Werthes), so kann hier nicht mehr
einer Traditionsofferte an den Gläubiger die Rede sein. Das,
dem Gläubiger übertragen wird, ist die **actio depositi** auf Eigenth
übertragung von **tantundem**: an Stelle der Traditionsofferte tritt
Cessionsofferte: mit Annahme dieser Offerte gilt der Gläubige
befriedigt.[86] Dies ist zwar nicht völlig korrekt: der Gläubiger
eigentlich erst als befriedigt gelten, wenn er auf Grund der ce
actio depositi den geschuldeten Betrag erlangt hat; allein bei de
stehenden Garantie hat eine solche Umwandlung ebensowenig
bedrängliches, als wenn man etwa den Gläubiger nöthigt, an S
des Geldes eine staatlich gesicherte Banknote anzunehmen.

Im übrigen gelten die oben entwickelten Grundsätze mit der
der Sachlage sich ergebenden Modifikation. Das landesgesetzliche
eignungsrecht (S. 230 f.) ist natürlich hier nicht ein direkt dingliches, a
ein wirkliches Eigenthum vom Hinterleger auf den Staat überging
denn dieser Uebergang hat sich schon vollzogen; es ist vielmehr
Enteignung durch Erlöschen des **actio depositi**. Auch der Rü

[85]) Ueber die Verzinsung, namentlich über die Höhe des Depositenz
den Zeitpunkt, wann die Verzinsung beginnt oder endet, bestimmen die D
sitenordnungen. Vergl. Preuß. Hinterlegungsgesetz § 53 f.

[86]) Es ist also ähnlich, wie die Zahlung durch Check: auch sie ist
Zahlung durch Cession des auf der Bank befindlichen Betrags, oder, jur
gesagt, der gegen die Bank bestehenden **actio depositi**; richtig Canstei
Arch. f. bürgerl. Recht IV S. 344 f.

des Schuldners ist nicht ein Rücktritt von der Traditions-, sondern von der Cessionsofferte, und die Folge ist, daß ihm die actio depositi wieder frei wird und er die Herausgabe des depositum irregulare verlangen kann u. s. w.

§ 14.

Wir haben bei unserer Untersuchung bisher angenommen, daß die Hinterlegung erfolgt, weil der Gläubiger im Annahmeverzug ist, und daß bei dieser Hinterlegung eben dasjenige hinterlegt wird, was Gegenstand der Schuld ist.

Beide Voraussetzungen aber können gebrechen: der Schuldner hinterlegt, ohne daß wirklich ein Annahmeverzug vorhanden ist; er hinterlegt eine andere Sache.

Dies führt auf die Frage, die wir bisher ausgesetzt ließen, auf die Frage über das Verhältniß zwischen Hinterlegung und Annahmeverzug. Ist der Annahmeverzug eine Bedingung der Hinterlegung oder nur eine Voraussetzung derselben, d. h. treten die Folgen der Hinterlegung nur ein, falls der Annahmeverzug vorliegt, oder treten sie auch im entgegengesetzten Falle ein, jedoch so, daß ein Anspruch auf Rückgängigmachung entsteht?

Offenbar gilt das letztere: die Hinterlegung ist in ihrer dinglichen Wirkung vom Annahmeverzug unabhängig, ebenso wie die Zahlung: alle Zahlungsinstitute können nur gedeihen, wenn man sie von der causa loslöst und die causa nur als Voraussetzung wirken läßt; die in dem Obligationsverhältnisse schlummernde Unsicherheit darf nicht auf d i e s e Weise in das dingliche Recht hinübergetragen werden.

Die dingliche Wirkung der Hinterlegung tritt daher ein, ob der Annahmeverzug vorhanden war oder nicht; ja er tritt ein, auch wenn die Schuld nicht existirt hat.

Anders verhält es sich mit der obligationszerstörenden Wirkung der Hinterlegung: diese kann nicht eintreten, wenn keine Obligation existirt; sie kann auch nicht eintreten, wenn es am Annahmeverzug fehlte: hat der Gläubiger das Recht, die Forderung mit Zinsen fortbestehen zu lassen, so kann ihm dieses Recht nicht durch eine unberechtigte Hinterlegung genommen, der Zinsenlauf nicht durch unberechtigte Deposition gehemmt und ertödtet werden.

Aber auch wenn die Forderung fällig und zahlbar war, hat der Gläubiger ein Recht, das Geld auf dem Wege der Zahlung, nicht auf dem Wege der Hinterlegung zu erlangen: er hat das Recht auf eine solche Traditionsofferte, die erst durch Annahme des Gläubigers, nicht schon durch den bloßen Rücknahmeverzicht die Schuld tilgt: er hat ein Recht auf Zahlung, nicht auf bloße Befriedigung.

Eine Ausnahme tritt natürlich dann ein, wenn zwar kein Annahmeverzug, aber eine subjektive Ungewißheit des Gläubigerrechts vorliegt, wo darum die Rechtsordnung dem Schuldner die Befugniß vorbehält, an Stelle der Zahlung eine solche Traditionsofferte eintreten zu lassen, wie dies bereits oben (S. 192, 199) ausgeführt worden ist.

Dies gilt noch in einem zweiten Fall: wenn es sich nicht um Lösung einer obligationsrechtlichen, sondern einer dinglichen Gebundenheit handelt: während der Gläubiger der Person gegenüber Zahlung verlangen kann, so hat er der Sache gegenüber nur ein Recht auf Befriedigung: daher hat bei Grundschulden und Hypotheken der Eigenthümer der Sache, bei Verpfändung von beweglichen Sachen und Rechten der Verpfänder die Befugniß der Befriedigung, sobald das Pfand zur Fälligkeit gekommen ist, d. h. die Befugniß, das Pfand durch Hinterlegung zu befreien (§ 1142 cf. 1192, 1224 cf. 1273); und handelt es sich um einen unbekannten Gläubiger, so kann unter Aufgebot hinterlegt werden: also eine Hinterlegung an unbekannt wen, unter öffentlicher Aufforderung an den Gläubiger, sich zu melden, worauf ein Ausschlußurtheil ergeht, d. h. ein Urtheil, daß trotz der Unbekanntheit des Gläubigers Befriedigung eingetreten ist.

Ist die Hinterlegung hiernach eine widerrechtliche, so daß sie die Forderung des Gläubigers nicht tilgt, so ist das Depot frei, es ist wenigstens frei, solange es der Gläubiger nicht annimmt — denn immerhin ist es eine Befugniß des Gläubigers, auch im Fall des Nichtannahmeverzugs sich so behandeln zu lassen, als wäre er im Annahmeverzug gewesen, die Traditionsofferte anzunehmen und auf diese Weise die Tilgung herbeizuführen — m. a. W. der Gläubiger kann statt Zahlung Befriedigung entgegennehmen. Solange er dies nicht thut, hat das Depot keinen Zahlungscharakter; daher hat auch der Rücknahmeverzicht nicht die Bedeutung, ihm einen definitiven Zahlungscharakter zu geben. Daher ist der Gläubiger verpflichtet, wenn er nicht

annehmen will, dem Schuldner trotz des Rücknahmeverzichts die Rücknahme zu gestatten.[87])

Eine zweite Frage erhebt sich, wenn der Annahmeverzug wirklich vorhanden, aber die Hinterlegung anders, als der Schuld entsprechend erfolgt ist. Entweder ist etwas anderes hinterlegt, oder es ist zu wenig hinterlegt (§ 266), oder die Hinterlegung fand unter einer unberechtigten Beschränkung statt (§ 373).

Auch in diesen Fällen hat die Hinterlegung ihre dingliche Wirkung, sie hat sie, wie eine Zahlung falscher Dinge, die etwa der Gläubiger oder sein Vertreter in entschuldbarem Irrthum annehmen würde; vergl. § 363.

Die tilgende Wirkung tritt auch hier nicht ein; sie tritt nicht ein, weder wenn der Schuldner unter Vorbehalt des Rücknahmerechts hinterlegte, noch wenn er auf sein Rücknahmerecht verzichtete; auch hier müßte der Gläubiger, wenn er sich zur Annahme an Zahlungsstatt oder zur Annahme der Theilzahlung nicht verstünde, dem Schuldner die nachträgliche Rücknahme gestatten in der Weise, wie dies soeben ausgeführt worden ist.

Eines will ich der Gesammtentwicklung noch beifügen. Es ergiebt sich aus dem Obigen, daß die Aufgabe der Hinterlegungsämter vielfach nicht ohne Schwierigkeiten ist[88]) und daß es daher Aufgabe der Landesgesetzgebung sein wird, namentlich was den Nachweis der Empfangsberechtigung betrifft, genaue und den obigen Erörterungen entsprechende Instruktionen zu schaffen.

§ 15.

Die Verkaufsselbsthülfe beim Annahmeverzug hat sich schon im römischen Recht entwickelt;[89]) sie findet sich insbesondere in französischen Coutumes, hier in der Art, daß der Verkäufer über die nicht ab-

[87]) Sollte es sich herausstellen, daß der Annahmeverzug doch vorgelegen hätte und hätte der Gläubiger, des Rücknahmeverzichtes unerachtet, die Rücknahme gewährt, so blieben Bürgen und Pfänder befreit. Der Gläubiger ist auf diese Gefahr aufmerksam zu machen. Vergl. oben S. 226.

[88]) Denn ebenso wie bei der Preuß. Hinterlegungs-O. findet eine richterliche Prüfung vor der Hinterlegung und Auszahlung nicht statt, vergl. noch E.G. zum B.G.B. a 145 letzter Absatz. Vergl. auch RG. vom 2. Mai 1887, Entsch. XVIII S. 284.

[89]) Abhandlung S. 339.

geholten Waaren weiter verfügen darf, die Arrha gewinnt und möglicher Weise noch sonstigen Schaden anrechnen darf. Die Bestimmungen sind folgende:

Schon im 14. Jahrhundert galt für die Tuchhändler die Vorschrift, daß, wenn der Käufer das Tuch nicht innerhalb Monatsfrist abholte, er die Arrha verlor und der Verkäufer über das Tuch beliebig verfügen konnte; dieser Innungsartikel wurde im Jahre 1362 durch königlichen Erlaß bestätigt.[90]) Die Ordonnance für die Tuchmacher von Paris von 1362 a. 27 (Ordonnances des rois de France III p. 585) lautet: Se aucuns achete drap ou draps d'aucuns des confreres de ladite confrarie, supposé qu'il ait baillié erres,[91]) se il ne vient querre ledit drap ou draps dedens un mois après ce que il aura esté somé du vendeur, il perdra ses erres, se il n'y a convenances au contraire, ne jamais n'en pourra rien demander ne faire demander au vendeur. Et est et sera tenu, quant à ce, le vendeur de faire assavoir à l'acheteur l'ordonnance, quant il lui fera faire ladite sommacion.

In der Folge bildeten sich ähnliche Bestimmungen in verschiedene Coutumes, namentlich für den Weinkauf.[92]) Die Coutume (ancienne) von Sens (1506) erklärt, a. 252: Le vendeur de vin n'est tenu le garder outre quarante jours, s'il ne luy plaît. Et si l'acheteur ne le leve dedans les dits jours, il perd ses arrhes, si aucunes en a baillées, et peut le vendeur revendre ledit vin à autre; mais s'il ne l'a revendu, il sera tenu le bailler au premier acheteur, s'il le requiert en payant.

In der neuen Coutume von 1555 a. 256 ist die 40tägige Frist auf 20 Tage verkürzt.

Ebenso im Auxerre (1561) a. 141, hier mit einem bedeutungsvollen Zusatz:

Le vendeur de vins n'est tenu de les garder plus de vingt jours, à compter du jour de l'achat et prix arresté, s'il ne luy plaist. Et si l'acheteur ne les leve dedans les dits vingt jours, il

[90]) Hierüber auch Brodeau zu a. 256 der Coutume de Sens (bei Bourdot de Richebourg III p. 525).

[91]) = arres.

[92]) Vergl. auch über die Coutumes Beaune, Droit coutumier français, Contrats p. 197, 198 (unvollständig).

perd ses arres, si aucunes en a baillées. Et peut le vendeur sans autre sommation le revendre à autre si bon luy semble, sauf neanmoins son recours pour ses dommages et interests, tant à l'encontre du marchand que du courretier et chacun d'eux seul et pour le tout.

In Bar (1579) a. 197 ist die Frist gar auf 15 Tage herabgesetzt: Vendeur de vin ne sera tenu le garder plus de quinze jours et perd l'acheteur ses arres, s'il ne le prend dedans ledit temps, soit que ledit vin soit revendu ou non, s'il n'y a convention ou sommation en justice au contraire.

Eine allgemeine Bestimmung hat Vermandois (1556) a. 278: Marchandise vendue se doit livrer dedans vingt jours, s'il n'y a autre convention. Et à faute de ce faire dedans ledit temps, sont les arres perdues et peut le vendeur faire son profit ailleurs de sa marchandise.

Und Chalons (1556) a. 268: Marchands forains et estrangers qui achetent marchandise ou font acheter leurs facteurs, soit qu'ils baillent arres ou non, sont tenus prendre et recevoir ladicte marchandise dedans vingt jours après ledit marché fait; autrement, les dits vingt jours passez, ledit marché demeure sans effect et les arres perdues pour l'acheteur, et est loisible audit vendeur vendre sadite marchandise et en faire son profit comme bon luy semble, sans sommation et sans restitution desdicts arres ou deniers, dommages et interests envers ledit acheteur; n'estoit qu'il y eust convention au contraire en faisant ledit marché.

Endlich Rheims (1556) a. 400:[93]) Tous achapteurs de vins et autres marchandises seront tenuz, dedens vingt jours après l'achapt, lever ladicte marchandise; autrement les erres seront perdues et ne sera tenu le vendeur de la délivrer, s'il ne luy plaist. Et néanmoins sera au choix du vendeur de poursuivre son achapteur pour raison de ses dommaiges et interestz.

Hier sind allerdings Fälle gedacht, wo nicht nur Annahme-, sondern auch Zahlungsverzug vorliegt. Von Bedeutung ist es aber immerhin, daß das altfranzösische Recht dem Verkäufer das Rücktrittrecht vom Geschäfte gewährte, d. h. die Möglichkeit der anderweitigen

[93]) Archives de la ville de Rheims I p. 1065, in der Collection des Docum. inédits.

Veräußerung, wobei der Gewinn der arrha meistens als genügenden Ersatz für den hierbei etwa erwachsenden Schaden galt. Noch weiterer Schaden, insbesondere auch Kostenvergütung ist in Auxerre und Rheims vorbehalten.[94])

Auch das englische und angloamerikanische Recht giebt dem Verkäufer, wenn der Gegner im Annahmeverzug ist, das Recht der Verkaufsselbsthülfe; sie muß aber erfolgen within a reasonable time, first giving notice to the contractor that he may take such action thereon as he deems best.[95])

Außerdem besteht auch hier das Recht der Hinterlegung in einem Waarenhaus auf Kosten des Gläubigers.[96])

Ueberhaupt ist die Verkaufsselbsthülfe eine dem modernen Verkehr unentbehrliche Einrichtung; sie beruht auf dem Rechte der Geschäftsführung aus folgendem Gesichtspunkte: an sich könnte die Sache ausgesetzt und dem Verderben preisgegeben werden; verkauft man sie, um dann im Erlös ein leicht einzubringendes Werthobjekt zu haben, so ist es etwas, das dem Interesse des Säumigen entspricht, ebenso wie es allerdings auch dem Interesse des Schuldners entspricht, der sich zur Aussetzung der Sache nicht entschließen würde oder nach milderem Recht nicht mehr entschließen soll und dem hiermit zugleich Deckung für Kosten oder Gegenrechnung geboten wird. Es ist eine Geschäftsführung, die aber nicht ihrer besonderen Rechtfertigung bedarf, die ein und für allemal durch die Rechtsordnung gebilligt und vorgezeichnet ist, ähnlich wie dies bezüglich der Fundstücke vorgesehen ist, so auch in § 966, 979 f. B.G.B.

Die Verkaufsselbsthülfe ist darum auch im Handelsrecht und Verkehrsrecht durchgedrungen, sie findet sich im H.G.B., wie in den daran

---

[94]) Eine Reminiscenz dieses contumiären Rechts ist in a. 1657 C. civ. gegeben: En matière de vente de denrées et effets mobiliers, la résolution de la vente aura lieu de plein droit et sans sommation, au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retirement.

[95]) Vergl. Guy v. United States, Court of Claims Report XXV p. 61, 68.

[96]) Vergl. Benjamin, On sales p. 691: if the vendee makes default in fetching away the goods within a reasonable time after sale, upon request made by the vendor the vendee will be liable for warehouse rent and other expenses growing out of the custody of the goods, or in an action for damages, if the vendor be prejudiced by the delay.

sich anschließenden Rechtsnormen, so z. B. in der Verkehrsordnung für die Eisenbahnen.

Die dingliche Grundlage ist entweder das (noch bestehende) Eigenthum des Gestionsberechtigten oder ein gesetzliches Pfandrecht desselben (in welchem Falle Gestion und Ausübung des Pfandrechts zusammenfallen), oder auch das Eigenthum des Säumigen oder eines Dritten, dem gegenüber der Gestionsberechtigte kraft der Grundsätze der Gestion als procurator handelt.

Es wäre nun zu erwarten gewesen, daß das B. G.B. den Selbsthülfeverkauf in derselben freien Weise entwickelt, wie das H.G.B., wie ich dies auch befürwortet hatte (Aufsatz S. 343). Das ist leider nicht geschehen: das B. G.B. ist auf dem Stande anderer bürgerlicher Gesetzbücher stehen geblieben.

Wie nach dem Schweiz. Obligat.Recht a. 108, soll die Versteigerung im B. G.B. nur stattfinden, wenn die Sache zur Hinterlegung nicht geeignet oder wenn der Verderb der Sache zu besorgen oder die Aufbewahrung mit unverhältnißmäßigen Kosten verbunden ist (§ 383).

Dies ist keine gute Einrichtung; es führt zu Zweifeln und Unsicherheiten; liegen die Voraussetzungen nicht vor, so hat die auf Grund der Verkaufsselbsthülfe erfolgte Preishinterlegung nicht die Wirkung der Befreiung — es ist dann wie im Falle einer Geldschuld, wenn der Schuldner hinterlegt, ohne daß die Voraussetzungen des Annahmeverzugs gegeben sind. Danach kann es sehr zweifelhaft sein, ob die Bürgen oder die Pfänder gelöst sind — ein Umstand, der allerdings bei Grundpfändern nicht in Betracht kommt, welche nur für Geldforderungen zulässig sind, aber beim Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten (§ 1204, 1273 B. G.B.), z. B. beim Pfande an einem Erfinderrecht; was zu großen Schwierigkeiten, Zweifeln und Komplikationen führen kann.

Befreiende Wirkung hat also der Selbsthülfeverkauf kraft der nachfolgenden Hinterlegung des Erlöses. Dies ergiebt sich wie folgt: durch die Verkaufsselbsthülfe geht die Pflicht zur Sachleistung über in eine Pflicht zur Geldleistung, d. h. zur Uebertragung des durch den Verkauf erzielten Erlöses; dieser Pflicht entledigt sich nun der Schuldner durch Hinterlegung der Geldsumme in der Weise der Hinterlegung bei Geldschulden.

Aus dieser Betrachtungsweise ergiebt sich folgendes: Nicht immer ist die Hinterlegung des Erlöses nöthig, um den Schuldner zu befreien. Hat der Schuldner der Sache eine Gegenforderung auf Geld, so kann er sich durch Aufrechnung befreien: die Möglichkeit der Aufrechnung ist in dem Moment gegeben, wo die Sachleistungspflicht in eine Geldleistungspflicht übergeht. Die Aufrechnung geschieht, wie sonst, durch Erklärung gegenüber dem Gegner (§ 388), sie wirkt auf den Moment hin, in welchem die Sachleistungspflicht zur Geldleistungspflicht geworden ist und so beide Forderungen einander kompensabel gegenüberstanden (§ 389). Beträgt die Gegenforderung nicht so viel, so geht diese auf solche Weise ab und der Rest ist zu hinterlegen.

Das gilt, mag die Gegenforderung aus demselben oder aus einem anderen Rechtsgrunde stammen. Liegt allerdings die Sache so, daß beim gegenseitigen Vertrag der Gegner nicht nur in der Annahme, sondern auch in der Gegenleistung säumig ist, so kann der Sachschuldner sich leicht helfen; er kann sich helfen, ohne daß die Voraussetzungen des Selbsthülfeverkaufs eintreten; er kann sich helfen, indem er von dem Rechte des § 326 Gebrauch macht, die Abwickelung des Geschäfts verweigert und Schadensersatz begehrt; der Schadensersatz kann dann in der Differenz zwischen dem Erlös, der aus einem sonstigen Verkauf der Sache erzielt wird, und dem bedungenen Kaufpreis bestehen.

§ 16.

Aus dem Gesagten geht hervor, daß das Ziel der Gesetzgebung, dem Schuldner ein bequemes Erfüllungssurrogat zu bieten, nicht immer erreicht ist. Nicht alle Sachen sind hinterlegungsfähig, und es wird sich mitunter fragen, ob die zu leistende Sache verkauft werden kann. Es können sich daher Schwierigkeiten ergeben beim Verkäufer, dem die Sache nicht abgenommen wird, es können sich ebensolche Schwierigkeiten beim Frachtführer ergeben.

Hier liegt nun der Fall vor, wo die §§ 433, 640 B.G.B. (a. 346 H.G.B.) zutreffen. Sie haben, wie oben (S. 176) gezeigt, nicht die Bedeutung, daß der Gläubiger nicht auf seinen Anspruch verzichten könnte; sie haben den Fall vor Augen, daß der Käufer nicht verzichtet, aber auch nicht annimmt, daß er also den Verkäufer (Werkmeister, Frachtführer) nicht in die Befreiungssituation bringt, die dieser von der Rechtsordnung begehren kann.

Hier muß nun die Rechtsordnung eingreifen: nicht daß sie den Käufer zur Annahme zwingen kann; aber das Gericht kann feststellen, daß, wenn in bestimmter Weise mit der Waare verfahren wird, der Verkäufer befreit sein soll: m. a. W. es kann mit Rücksicht auf den individuellen Fall ein Erfüllungssurrogat, das nicht im Kreise der allgemeinen gesetzlichen Mittel liegt, als genügend erklärt werden, um den Verkäufer zu befreien. Es kann auch, wenn der Verkäufer aus Rücksicht des individuellen Falles in der einen oder anderen, nicht innerhalb des Gesetzes liegenden Weise mit der Sache schon verfahren ist, nachträglich festgesetzt werden, daß mit Rücksicht auf den außerordentlichen Fall seine Verpflichtung erlosch, weil, wenn der Gläubiger angenommen hätte, der Schuldner nicht in diese Fatalität gekommen wäre; wobei man sich auf die Grundsätze der Geschäftsführung berufen kann — denn die Geschäftsführung kommt nicht bloß insofern in Betracht, als sie gegenseitige Ansprüche erzeugt, sondern auch insofern, als sie Eingriffe des Geschäftsführers in das Bereich des Geschäftsherrn rechtfertigt, weil solche Eingriffe durch die Umstände des Lebens als geboten erscheinen, um das Interesse des Geschäftsherrn (oder das Interesse beider Theile) zu wahren.[97])

Die Klage aus § 433 ist darum keine Klage auf Empfangnahme, sie ist Klage auf Feststellung dessen, daß der Schuldner befreit ist, falls mit der Sache in bestimmter Weise verfahren wird oder mit der Sache in bestimmter Weise verfahren worden ist. Das Recht auf Abnahme ist gleich dem Rechte, zu verlangen, daß der Gläubiger das Gut als abgenommen erklärt oder daß er sich so behandeln läßt, als habe er das Gut abgenommen. Wie mit der Sache verfahren wird, kann verschieden sein: es kann auch in der Art verfahren werden, daß man dem Gläubiger die Sache in den Hof stellt oder auf die Schwelle legt; auch der Gerichtsvollzieher kann hierzu verwendet werden; wobei aber stets dem Gläubiger das Recht zusteht, sich durch Verzicht auf den Anspruch (unter Fortbestehen seiner Gegenschuld) von allen Scherereien zu befreien.

In der Praxis wird sich die Sache so entwickeln, daß entweder der Verkäufer vorausshandelt, worauf im Streitfalle eine richterliche Billigung nachfolgt, oder daß er — was vorsichtig ist — eine einstweilige Verfügung erwirkt, durch deren Befolgung er regelrecht über alle Verant-

[97]) Vergl. meine Abhandl. im Gerichtssaal Bd. 47 S. 57 f.

wortung gehoben wird. Auch hier hat die einstweilige Verfügung noch ihre Zukunft.

Am richtigsten ist es allerdings, wenn die Landesgesetzgebung dadurch, daß sie für die Hinterlegung solcher Nichtdepositalsachen die nöthige Bestimmung trifft (a. 146 E.G.), dieses ganze gerichtliche Verfahren überflüssig macht; sie kann insbesondere hierbei bestimmen, daß das Amtsgericht als Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit angerufen werden kann, um im Zweifel die Hinterlegungsmaßregel oder, was an ihre Stelle treten soll, zu bestimmen:[98]) der zweite Absatz des a. 145 findet im Falle des a. 146 keine Anwendung.

Auf solche Weise kann die Festsetzungsklage in vielen Fällen überflüssig gemacht werden; ganz ist sie aber nie zu entbehren: denn sie kann auch in solchen Fällen stattfinden, wo sich der Schuldner im gesetzlichen Kreis der Befreiungshandlungen hält, und hat hier ihren guten Grund; zwar ist, wenn er das Erfüllungssurrogat der Deposition wählt, die Sicherheit, daß er richtig gehandelt hat und mithin befreit wird, eine viel größere: aber schon bei der Verkaufsselbsthülfe kann die Sache ihre Zweifel haben, ja selbst bei der Hinterlegung, wenn es sich um die landesgesetzlich gestattete Sachhinterlegung handelt; hier kann ja die Frage auftauchen, ob auch wirklich die angebotene und hinterlegte Sache probegemäß war, so daß es zweifelhaft wird, ob 1. der Gläubiger durch die Nichtannahme in Annahmeverzug kam, und ob 2. die Hinterlegung unter der korrekten Darbietung der schuldigen Sache erfolgte und mithin die befreiende Funktion ausübte.

In dieser Beziehung hat die Klage auf Abnahme oder Annahme insbesondere beim Werkvertrage ihre große Bedeutung; nicht darauf kommt es dem Schneider an, daß der Rock geholt, sondern daß er anerkannt, gebilligt wird (§ 640); die Klage auf Abnahme ist im wesentlichen nicht eine Klage darauf, daß der Rock fortgenommen, sondern darauf, daß festgestellt wird, daß die Leistung vertragsmäßig war und der Schneider mithin einerseits von seiner Vertragspflicht befreit, andererseis zur Forderung des bedungenen Lohnes berechtigt ist.

Eine Reihe von Urtheilen, die man angerufen hat, um eine Klage auf wirkliche Annahme der verkauften Waare zu fundiren, will nur feststellen, daß der Schuldner richtig angeboten und das richtige gethan hat, um von der Verbindlichkeit befreit zu werden. Derartige

[98]) Vergl. Preuß. Hinterlegungs-O. § 87.

Entscheidungen fallen außer Betracht; sie haben mit der Klage auf reale Abnahme im Sinne einer bloßen Fortschaffungshandlung nichts zu thun. Dahin gehören einige der bei Barkhausen in Goldschm. Z. XXX S. 33 f. citirten Entscheidungen.

So spricht beispielsweise das Handelsappellationsgericht Nürnberg vom 31. Oktober 1876 (Goldschm. Z. XXIII S. 568) von einer Klage „auf Anerkennung obligatorischer Rechtsverhältnisse“, wenn die Waare, als zu spät geliefert, zurückgewiesen wurde, so die Bremer Entsch. vom 9. November 1882 (bei Barkhausen S. 39), wo der Verkäufer wissen wollte, warum die Waare beanstandet wurde; vergl. auch noch R.G. vom 25. Oktober 1881 Entsch. V S. 392. Und sehr richtig wird neuerdings in einem Beschluß vom O.L.G. Marienwerder vom 12. September 1894, Seuffert 50 Nr. 141, ausgeführt, daß die Abnahme der Waare eine Handlung ist, die nicht nach § 773 C.P.O. von einem Dritten vorgenommen werden kann: „Die Abnahme zieht erhebliche Rechtsfolgen nach sich, namentlich in Bezug auf Anerkennung der Vertragsmäßigkeit der gelieferten Steine, und es kann dem Willen und Gutdünken des Abnahmepflichtigen die Entscheidung darüber, ob die Waare abnahmefähig sei und ob er sie abnehmen oder die Abnahme verweigern wolle, nicht entzogen werden.“ [99])

Wenn in anderen Entscheidungen hervorgehoben wird, daß der Schuldner ein besonderes Interesse an der Abnahme hatte, so laufen hier zweierlei Ideen unter. Entweder steckt darin die Meinung, daß ein Fall vorliegt, wo mit der Annahme eine Leistung zu verbinden ist, so daß der Gläubiger, indem er annimmt, sich zugleich die Möglichkeit verschafft, sich seiner Leistungsschuld zu entledigen: ob dies der interne, nicht völlig klar ausgedachte Gedanke der Gerichte ist, insbesondere wo sie das fr. 9 de act. emt. vend. citiren, ist nicht immer genau festzustellen; vergl. übrigens das Appellationsgericht Wiesbaden 1867 und das Kreisgericht Limburg 1868 in Busch Archiv XVIII S. 85 und 87; klarer (wenn auch im einzelnen Fall unzutreffend) R.G. vom 28. Januar 1893 Entsch. XXX S. 103. [100])

---

[99]) Allerdings ist, wie unten S. 266 auszuführen, die Abnahme nicht immer Billigung, sofern sie auch unter Vorbehalt geschehen kann, vergl. B.G.B. § 640, 464.

[100]) Vergl. auch noch bezüglich des Rechts auf Spezifikation R.O.H.G. vom 10. Dezember 1874 Entsch. XVI S. 204, 206.

Oder es obwaltet der Gedanke, daß im einzelnen Falle die gesetzlichen Erfüllungssurrogate unthunlich sind oder nicht zum Ziele führen, daß daher noch besondere Gestionshandlungen erforderlich werden; die Klage ist dann eine Feststellungsklage in der eben bezeichneten Weise. Dergestalt ist die Leipziger Entscheidung vom 3. Februar 1871 bei Busch XXV S. 247 aufzufassen, wo betont wird, daß möglicher Weise am Orte kein öffentliches Lagerhaus vorhanden ist oder die Waare keinen Marktpreis hat; so vielleicht auch die in Busch XVIII S. 86 in Note mitgetheilte Wiesbadener Entscheidung; so wohl auch A.G. Celle vom 31. Oktober 1876 in Seuffert XXXII Nr. 129, O.L.G. Jena vom 15. Juni 1891 Seuffert 47 Nr. 104; vergl. auch noch R.G. vom 25. Oktober 1881 Entsch. V S. 392 und vom 19. Oktober 1892 Entsch. XXX S. 117.

Diesen Entscheidungen stehen nun solche gegenüber, welche prinzipiell die Annahmepflicht ablehnen, so R.G. vom 24. November 1885 Entsch. XIV S. 247, vom 24. Juli 1889 Entsch. XXVI S. 215, (wo sie mindestens nur für das Preuß. Recht bejaht, nicht aber aus a. 346 H.G.B. abgeleitet wird); und insbesondere wird mit Recht vom R.G. vom 25. Oktober 1881 Entsch. V S. 392 und sonst festgesetzt, daß wenigstens regelmäßig der Käufer nicht am Wohnsitze des Verkäufers als dem Erfüllungsorte belangt werden kann, was man annehmen müßte, wenn eine allgemeine Pflicht des Empfanges der am Wohnsitze des Verkäufers zu liefernden Waare bestünde.

Eine Entscheidung soll noch ob ihres besonderen wissenschaftlichen Interesses hervorgehoben werden, es ist die des R.O.H.G. vom 17. April 1872 Entsch. VII S. 356, die bisher noch nicht im richtigen Lichte aufgefaßt worden ist: A. hatte dem B. Bretter übersandt in der Erwartung, daß ein Kaufvertrag zu Stande käme; die Erwartung erfüllte sich nicht und B. klagte auf Wiederabnahme der Bretter; die Klage wurde für begründet erklärt. Hier liegt ein Fall vor, von dem wir oben S. 177 gesprochen: B. war wie ein Verwahrer der Bretter zu behandeln; ein Verzicht des A. auf das Recht aus dem Verwahrungsverhältniß hätte den B. nicht befreit, sondern nur ein Verzicht auf das Eigenthum an den Brettern. Dies lag nicht vor; es war darum Sache des B., sich in anderer Weise zu helfen; und wenn er sich daher an das Gericht wandte, so war dies eine Klage im Sinne wie oben S. 241.

Es folgt daher aus dem Ganzen, daß auch die Praxis eine Klage auf Annahme wohl nur in den Beziehungen giebt, die wir oben als die richtigen erwiesen haben und daß nur eben häufig die richtige Form verfehlt wird, weil der ächte Gedanke Trübungen erfahren hat. Völlig verkehrt ist es daher, auf Grund dieser Praxis meine prinzipiellen Ausführungen über den Annahmeverzug bekämpfen zu wollen. Ich kann keine Entscheidung ersehen, die auf dem Standpunkt steht, zu sagen: auch wenn der Käufer auf die Waare in der Art verzichtet, daß er den Kaufpreis ohne die Waare zahlen will, kann er auf Abnahme der Waare im Sinne der Wegschaffung verklagt werden!

Die Klage auf Abnahme ist also (abgesehen von den Fällen, wo damit eine Leistungspflicht verbunden ist) nichts anderes als eine Klage auf Feststellung in der einen oder anderen Weise; denn daraufhin konzentrirt sich stets die Sache: das Gericht soll erklären, daß der Schuldner entweder schon befreit ist oder unter bestimmten Umständen befreit werden kann; diese Klage auf Annahme oder Abnahme steht daher in Parallele zur Klage auf Quittung (§ 368): das Recht auf Quittung ist nichts anderes als ein Recht auf eine nöthigenfalls gerichtlich zu erwirkende Feststellung dessen, daß die Verbindlichkeit erfüllt und der Schuldner befreit ist; das Recht auf die Quittung ist alt, es ist besonders in den italienischen Statuten entwickelt worden, welche mitunter den Gläubiger verpflichteten, eine Quittung in einem instrumentum publicum auszustellen;[101]) es ist im Bürgerlichen Gesetzbuch in der Art bestätigt, daß 1. der Schuldner nur gegen Quittung, d. h. Anerkennung zu zahlen braucht, so daß der Gläubiger, wenn er keine Quittung ausstellt, im Annahmeverzug ist, und 2. der Gläubiger, der Zahlung erhalten hat, verpflichtet ist, eine Quittung auszustellen. Diese Verpflichtung will heißen: der Schuldner ist berechtigt auf eine jeden Zweifel ausschließende Feststellung; und wenn sie ihm der Gläubiger nicht bietet, so steht dem Schuldner das gerichtliche Feststellungsrecht zu. Wesentlich ist ja bei der Quittung nicht das Stück Papier, wesentlich ist die Befreiungserklärung, und diese kann, wenn sie der Gläubiger versagt, durch gerichtliche Feststellung ersetzt werden.

Soweit die Klage als Feststellungsklage. Man könnte nun immerhin geltend machen, daß es einer besonderen Bestimmung der

[101]) Vergl. z. B. Bergamo (13. Jahrh.) X 33, Mon. hist. patr. XVI p. 1971.

Gesetzgebung über solche Feststellungsklage nicht bedurft hätte, da sich das Recht auf gerichtliche Festsetzung schon aus § 231 C.P.O. ergeben hätte. Allein diese Bestimmung im Gesetz hat die große Bedeutung, daß es in solchen Fällen eines besonderen individuellen Nachweises des Feststellungsinteresses nicht bedarf, indem hier bereits gesetzlich das Vorhandensein des Feststellungsinteresses anerkannt ist. Es ist also ähnlich wie in dem von mir Prozeßrechtl. Forschungen S. 66 bezeichneten Verhältniß.

§ 17.

In einer Reihe von Fällen bedarf es eines Erfüllungssurrogates nicht, sofern es sich nämlich um den Empfang durch Ausnutzung einer Sache oder durch Annahme von Arbeitsleistungen handelt: wer die Sache nicht nutzt, wer die Arbeit nicht annimmt, für den ist eben die Nutzfähigkeit der Sache, für den ist die Arbeit dahin: er bekommt nichts und hat sich behandeln zu lassen, als ob er bekommen hätte.

So bedarf es also keiner Erfüllungssurrogate im Miethsvertrag: nimmt der Miether die Sache nicht ab, so hat er den Miethslohn zu zahlen ohne Rücksicht auf die Gründe der Nichtabnahme; nur wenn der Vermiether in Folge dessen von der Sache einen anderen Miethslohn bezieht, geht dieser ab; so § 552 B. G.B.

Diese Grundsätze sind römischrechtlich,[102] sie sind auch deutschrechtlich, sie werden schon von Beaumanoir gelehrt, XXXVIII 22: s'aucuns loue mesons, vignes, prés ou autres heritages dusqu'à certain tans, et après cil qui le doit tenir a loier se repent et ne veut pas entrer el marcié par le louage; s'il plest à celi qui les cozes loua, il pot laissier les cozes wides et demander à celi le loier qui fu convenenciés; et s'il li plest, il pot fere tenir les cozes en sauve main par justice et penre les porfis qui en isteront par desore les coz; et s'il n'i a tant de profit comme il loiers monte, il pot sivir celi à qui il le loua du remanant. Nur wenn er die Sache in eigener Hand behalte und benutze, könne er vom Miether nichts mehr begehren, denn dadurch stimme er bei que marciés fust depeciés, es müßte denn sein, daß in dieser Beziehung eine Gegenvereinbarung getroffen wäre.

---

[102]) Vergl. meinen Aufsatz S. 365 f.

Auch beim Dienstvertrag bedarf es keines Erfüllungssurrogats: hat der Arbeiter seine Dienste bereit gestellt und nimmt sie der Gläubiger nicht an, so hat dieser den Dienstlohn zu zahlen, abgesehen von den Abzügen, die gemacht werden können, weil der Arbeiter dadurch Auslagen erspart oder in Folge der Freigebung weiteren Verdienst gemacht hat, § 615.

Das Gesagte gilt naturgemäß in dem Fall, wenn der Arbeitsherr dadurch im Gläubigerverzug ist, daß er erklärt, die Dienste nicht annehmen zu wollen (§ 295).[103]) Liegt bloß die Negative vor, daß er z. B. nicht zu Hause ist, wenn der Arbeiter kommt und in Folge dessen die Arbeit nicht geschehen kann (z. B. die Schülerin ist nicht zu Hause und der Lehrer erscheint vergeblich, oder die Schülerin soll zum Lehrer kommen und bleibt säumig), so ist Annahmeverzug gegeben, sofern ja für die Annahme eine bestimmte Stunde vertragsmäßig bezeichnet war und der Gläubiger zu dieser Stunde das zur Erfüllung Erforderliche nicht gethan hat. Doch muß der Grundsatz, daß im Falle der Nichtannahme die Leistung als vollzogen zu betrachten ist, insofern eine Abschwächung erfahren, als eine Verspätung, sofern sie noch innerhalb der Arbeitszeit liegt, noch nicht das Recht nimmt, die Leistung für den Rest der Arbeitszeit anzunehmen, es wäre denn, daß nach der Art der Leistung, (es handelt sich z. B. um eine Demonstration) der Rest der Zeit nicht mehr zu einer gedeihlichen Thätigkeit verwendbar wäre. Allerdings muß auch hier nach den Umständen des Lebens einige Laxheit gewährt werden, wenn der Arbeiter an der Präzision kein durchschlagendes Interesse hat: z. B. es sind verschiedene Personen um dieselbe Zeit zur Abnahme der Dienste bestellt, und der Arbeiter oder Künstler kann, während sich A verzögert, den B an die Reihe nehmen; oder wenn die Zeitbestimmung nur approximativ ist, wie wenn aus der Verabredung hervorgeht, daß ich als Dienstleister eigentlich den ganzen Vormittag bereit bin, eine bestimmte Stunde mir aber lieber wäre, als die andern: es ist natürlich etwas ganz anderes, ob sich Jemand zum Unterricht verspätet, dem ich des Abends, wo ich doch zu Hause bin, eine Stunde zu geben zugesagt habe, und etwas anderes ist es, wenn der Fabrikarbeiter seine Zeit verziehen muß, weil der Werkführer, der die Arbeit anweisen soll, nicht zur Hand ist.

---

[103]) Vergl. hierüber auch noch Reinhard im Sächs. Arch. f. bürgerl. R. VII S. 41 f.

Etwas besonderes gilt natürlich bei Leistungen, die an mehrere gleichzeitig erfolgen sollen, namentlich bei Leistungen an das Publikum, so beim Klassenunterricht, so bei Unterrichtskursen gegen Entrée: hier kann natürlich, wenn der Einzelne nicht pünktlich erscheint, keine Rücksicht auf Verspätung genommen werden.

Ist eine fixe Zeit für Dienstleistungen nicht festgesetzt, ist vielmehr die Zeit der näheren Verabredung oder der Bestimmung des Dienstherrn anheimgegeben, aber doch so, daß beiderseits volle Vertragsgebundenheit besteht, so ist der Gläubiger im Verzug, wenn er eine solche Zeitbestimmung nicht trifft oder in einer den Arbeiter unbillig belästigenden (durch den Vertrag nicht besonders vorbehaltenen) Weise trifft (B. G.B. § 315) — so wenn ich den Abschreiber oder Masseur auf Nachts 3 Uhr oder den Lehrer auf Sonntag bestelle; oder wenn ich die Bestimmung über diejenige Periode hinausschiebe, in der der Schuldner vertragsmäßig gebunden ist.

Der Arbeiter hat also bei Nichtannahme der Dienste Anspruch auf den Lohn, als ob die Dienste geleistet wären — mit entsprechendem Abzug dessen, was er durch Nichtleistung erspart oder in Folge der dadurch entstehenden Befreiung anderwärts verdient hat. Die Frage aber, ob er nicht nur dieses abzuziehen hat, sondern auch, was er in der hierdurch gewonnenen freien Zeit verdienen konnte, hat das B. G.B. dahin gelöst: er hat sich abzuziehen, was er erwirbt und was er böswillig nicht erwirbt. Daraus ergiebt sich: er ist nicht verpflichtet, an Stelle der zurückgewiesenen Dienste andere Dienste zu suchen; werden ihm aber Aufträge von anderer Seite angeboten, so gilt er als gehalten sie anzunehmen, vorausgesetzt, daß sie so sehr in das Bereich seiner Thätigkeit fallen und daß so wenig individuelle Gründe entgegenstehen, daß ihre Ablehnung nur auf Trägheit oder auf Chikane gegen den säumigen Dienstherrn zurückzuführen ist. Beides ist Böswilligkeit: Chikane, d. h. absichtliche, durch berechtigte Eigeninteressen nicht motivirte Kränkung der Interessen eines Anderen ist Böswilligkeit; aber auch Trägheit gehört dann hierher, wenn Jemand träge ist und sich für seine Trägheit bezahlen läßt, obgleich es ihm ohne Opfer möglich wäre, dasselbe zu erreichen, ohne den Herrn zu schädigen. Ist der Annahmeverzug des Herrn ein unverschuldeter, so ist es mit dem böswilligen Gesellen ganz besonders streng zu nehmen.[104])

[104]) Dies das System des B. G.B. Es ist vernünftig und gut durch-

Der Satz, daß der Dienstherr in solchen Fällen mehr oder minder den ganzen Lohn zu bezahlen hat, ist allgemeinen Rechts. Ihn kennt insbesondere das indische Rechtsleben.[105]) So Vishnu V 157—159 (Uebersetzung Jolly's in den Secred Books VII p. 38): If an employer dismisses a workman (whom he has hired) before the expiration of the term, he shall pay him his entire wages; and (he shall pay) a hundred panas to the king,[106]) unless the workman have been in fault.

Daß natürlich von einem Annahmeverzug nur die Rede ist, insofern der Dienstherr nicht einen im Dienstverhältniß liegenden Grund hat, das Verhältniß zu lösen, bedarf keiner Ausführung; denn sofern er lösen kann, kann er sich von der Zahlung (also auch von der Zahlung bei Nichtannahme) befreien; so namentlich auch, wenn dem Dienstherrn kraft Vertrags oder kraft Gesetzes ein freies Kündigungsrecht ohne Vergütungspflicht, wenigstens ohne Vergütungspflicht für die Zukunft, eingeräumt worden ist. In Betracht kommt für das B.G.B. insbesondere der § 627 und 628.

Beim Werkvertrag gilt der Grundsatz, daß, wenn der Besteller vom Werke zurücktritt, also erklärt, das Werk nicht mehr zu wollen, er die volle Vergütung zu bezahlen hat, abzüglich der ersparten Aufwendungen und abzüglich dessen, was der Arbeiter durch anderweitige Verwendung seiner Thätigkeit erwirbt — wie beim Dienstvertrag; auch hier steht böswilliger Nichterwerb dem Erwerb gleich, § 649.[107])

---

dacht; ob es sehr praktisch ist, ist eine andere Frage: ich hätte gewünscht, daß von dem System, das im Frachtrecht in der Gestalt der Fautfracht auftritt, ein ausgiebigerer Gebrauch gemacht worden wäre; vergl. meine Abhandl. S. 368 f. Dagegen ist das Fautfrachtsystem nunmehr im Binnenschifffahrtsgesetz besonders eingehend entwickelt worden; vergl. dasselbe §§ 34, 36, 38, 39. Dies ist bekannt; daß sich das Fautsystem aber auch schon im indischen Recht findet, ist weniger bekannt, obgleich ich es bereits in der Z. f. vergl. Rechtsw. III S. 165 f. mit den entsprechenden Belegen dargethan habe.

[105]) Z. f. vergl. R. III S. 180.

[106]) Offenbar als Strafe, wenn er ihm den Dienstlohn widerrechtlich vorenthält.

[107]) Hat der Werkleister hierbei die vom Besteller gegebenen Stoffe in Händen, so ist Rückgabe der Stoffe und entsprechende Vergütung und Entschädigung Zug um Zug zu gewähren: der Werkleister hat daher das Rückbehaltungsrecht, bis ihm Bezahlung (oder Sicherstellung) wird; vergl. § 273, 348, 320, 322 B.G.B. Das war auch schon im französischen Recht unter a. 1794

Das entspricht den obigen Grundsätzen; ein anderes tritt auch hier ein, wenn der Rücktritt des Bestellers ein durch das Rechtsverhältniß motivirter Rücktritt ist; in diesem Falle liegt kein Annahmeverzug vor: nehme ich eine Leistung nicht an, weil das Vertragsverhältniß mir das Recht giebt zurückzutreten, so bin ich nicht schuldig zur Gegenleistung, höchstens für die Vergangenheit; ein solches Rücktreten hat einen ganz anderen Charakter: das erste ist Nichtannahme der berechtigtermaßen angebotenen Arbeit, das letzte ist berechtigte Lösung des den einen zur Arbeit, den andern zur Zahlung bindenden Verhältnisses. Dies ist also ein Unterschied, ebenso wie wenn einerseits Jemand im Dienstvertrag die Dienste nicht annimmt, andererseits der Dienstherr aus einem berechtigten Grunde das Verhältniß löst.

Es ist daher etwas anderes, wenn ich ein Werkverhältniß löse, weil der Arbeiter sich als unfähig erweist oder die nöthigen Vorbereitungen, die zum gedeihlichen Vollzug erforderlich sind, nicht getroffen hat (vergl. § 297 B. G.B.): hier brauche ich nichts oder nur nach Verhältniß der bisherigen Leistungen zu zahlen; oder wenn ich es löse, weil der Werkmeister in Verzug der Leistung kommt und troß meiner Aufforderung in Verzug bleibt (§§ 326, 327, 636 B. G.B.).[108]) Ein solcher Fall berechtigten Rücktritts ist nach dem B. G.B. auch dann gegeben, wenn ein Kostenvoranschlag gemacht ist und sich eine erhebliche Ueberschreitung herausstellt; fällt diese auf den Unternehmer, dann habeat sibi; fällt sie aber auf den Besteller, sofern nämlich zwar eine Kostenberechnung gemacht ist, der Unternehmer aber hierfür keine Garantie zugesagt hat, dann hat dieses Mißverhältniß mindestens zur Folge, daß der Besteller kündigen, d. h. die Fortsetzung verweigern kann, ohne mehr als eine Vergütung für das bisher Geleistete zahlen zu müssen, § 650, 645.

Außerdem kommt für die berechtigte Kündigung noch der berühmte § 627 B. G.B. in Betracht, der im Dienstvertrage steht, aber auch für analoge Verhältnisse des Werkvertrages in Anwendung kommen muß.

anzunehmen und ist s. Z. auch vom Kreisgericht Mannheim (1873, 1874?) angenommen worden in einer Streitsache, an deren Rubrum ich mich allerdings nicht mehr erinnere.

[108]) Es ist also das gleiche Verhältniß, wie in C. civ. zwischen a. 1794 und 1184; in dieser Beziehung ist, eben weil man den a. 1794 nicht richtig faßte, in der französischen Jurisprudenz viel gefehlt worden. Man vergl. über dieses Verhältniß R.G. vom 18. Dezember 1894 Z. f. franz. Civ.R. XXVI S. 297.

Der Werkmann kann also den Lohn verlangen, wenn der Besteller das Werk kündigt, d. h. erklärt, daß er es nicht mehr haben will; das Kündigen ist eine Zurückweisung der Arbeit, eine Zurückweisung ohne gerechtfertigten Grund.

Das gilt, auch wenn der Besteller nicht eine solche ausdrückliche Abweisung giebt, sondern sich im sonstigen Annahmeverzug befindet; denn die Erklärung, die Leistung nicht annehmen zu wollen (§ 295), ist nur eine Art des Annahmeverzugs und wirkt eben kraft dessen. Nur liegt in dem Falle dieser bloßen Negative die Sache so:

1. Ob Annahmeverzug im einzelnen Fall gegeben ist, bemißt sich nach dem Obigen (S. 193 f.). Der Arbeitende muß also, wenn er sich vertragsmäßig einfinden und mit seinen Leistungen beginnen soll, kommen und sich zu Leistungen bereit zeigen; er muß, wenn der Gläubiger sich vertragsmäßig einfinden und seine Leistung ermöglichen soll, nicht nur zur Leistung bereit sein, sondern auch dem Gläubiger eine Aufforderung zum Erscheinen zukommen lassen, es müßte denn sein, daß dieses Erscheinen kalendermäßig festgesetzt war.

2. Aber auch dieser Annahmeverzug des Gläubigers bewirkt nicht immer schon, daß der Unternehmer ohne Leistung den Lohn verlangen kann; dies gilt allerdings dann, wenn nicht nur der Gläubiger zu einer bestimmten Zeit zur Annahme bereit sein soll, sondern die im Vertrag vorgesehenen Einrichtungen dahin abzielen, daß gerade zu einer bestimmten Zeit, nicht früher, nicht später, geleistet werden darf; so namentlich bei Massenleistungen, an denen der Einzelne mit theilnehmen soll: hier hat er sich nicht nur einzufinden, sondern die Leistung geht (mindestens für andere) vor sich, mag der Einzelne erschienen sein oder nicht. Aber auch sonst ist dies anzunehmen, wenn es sich entweder um Leistungen handelt, die nur zu einer bestimmten Zeit erfolgen können, z. B. es verspricht Jemand, zur Zeit der Sonnenfinsterniß oder des Venusdurchganges Anderen bestimmte darauf bezügliche Experimente vorzuführen; oder wenn eine spätere Leistung zwar möglich ist, die Sache aber so viele gerade auf den Moment bezügliche Vorbereitungen erheischt, daß eine Wiederholung dieser Vorbereitungen nicht angesonnen werden kann.

Uebrigens ist auch, was Massenleistungen betrifft, für den Seetransport noch die Bestimmung gegeben, daß dem Befrachter eine besondere Erklärung zukommen muß, falls der Rheder die Fracht bezw.

Fautfracht ohne Leistung in Anspruch nehmen will (§§ 570, 579, 580, 587, 588); ebenso bei der Binnenschifffahrt (B.Sch.G. §§ 33, 38, 39).

Abgesehen von diesen Fällen ist beim Werkvertrag der Grundsatz nicht aufgestellt, daß, wenn der Besteller die Annahmethätigkeit zur rechten Zeit nicht vollzieht, die Leistung als vollzogen gilt und das Honorar verlangt werden kann; z. B. ich komme nicht rechtzeitig zur Anprobe, ich verspäte mich oder ich vergesse, die Stunde für die photographische Aufnahme einzuhalten. Es ist hier anders, als beim Dienstvertrag, und der Grund ist offensichtlich: beim Dienstvertrag handelt es sich um die Verwendung der regelmäßig sich entladenden Arbeitskraft; beim Werkvertrag aber handelt es sich um ein Werk, zu dessen Vollbringung der Arbeiter seine Kraft zusammenraffen muß: hier hat eine Verspätung des Bestellers in seiner Annahmethätigkeit nicht dieselbe Bedeutung, wie bei regelmäßiger Auslösung der Arbeitskraft. Versäumt der Gläubiger, die letztere anzunehmen, so kann man sagen: die Arbeitskraft, die zu bestimmter Stunde auszulösen gewesen wäre, ist dahin, der Arbeiter kann nun nur seine künftig fällig werdende Arbeitskraft auslösen, nicht die bereits vergangene: für letztere hat er keine Verwendung mehr, sie muß ihm also unbedingt bezahlt werden. Anders bei der Arbeitskonzentration: hier handelt es sich nicht um eine kontinuelle Auslösung der Arbeitskraft, sondern um einen steten Wechsel von Ausspannung und zeitweisem Zusammenraffen; schlägt hier der Besteller nicht rechtzeitig an, so macht der Unternehmer eine Pause, um sich später zur Leistung zu konzentriren; es ist daher entsprechend, daß ihm wegen der Verspätung eine gebührende Vergütung zu Theil wird, daß aber immer noch eine Nachleistung verlangt werden kann. Andererseits darf diese Schwebe nicht aufs Ungewisse bleiben: daher hat der Unternehmer ein Recht, dem Besteller eine Frist zu setzen, nach deren Ablauf die Leistung nicht mehr erfolgen soll (§§ 642, 643) — nach deren Ablauf die nicht vollzogene Arbeit als vollzogen zu betrachten ist (abgesehen von dem Ersparten oder anderwärts Verdienten).

Das gilt, es gilt aber nicht unbedingt. Das Folgende verlangt ein näheres Eingehen auf Eigenthümlichkeiten des Werkvertrages.

Wie oben (S. 283) hervorgehoben, kommt es namentlich beim Werkvertrag vor, daß die Nichtannahme in einer Nichthandlung beruht, in dem Nichtthun von etwas, das die Voraussetzung der Arbeit des Unternehmers ist — nicht als ob der Besteller zu diesen Leistungen ver-



pflichtet wäre und darauf hin belangt werden könnte — er kann zu jeder Zeit das Verhältniß kündigen, aber doch so, daß er in Annahmeverzug kommt, wenn er die Leistung nicht vollzieht und es damit bewirkt, daß der Unternehmer nicht zur Leistung gelangt. Es ist also Nichtannahme, wenn der Besteller den Bauplatz nicht stellt oder die nöthigen Vorarbeiten unterläßt; wenn der Fabrikherr das Versuchslaboratorium verschließt oder die zur Arbeit nöthigen Maschinen und Geräthe nicht liefert; es ist Nichtannahme, wenn ich dem Freskomaler nicht die Möglichkeit gebe, sein Gerüst aufzuschlagen, wenn ich dem Bibliothekar, der meine Bibliothek ordnen soll, in meinen Räumlichkeiten keinen Platz schaffe; es ist Annahmeverzug, wenn ich dem Schneider das verabredete Gezeug nicht liefere, dem Juwelier den Ring nicht schicke; es ist Annahmeverzug, wenn der Befrachter das bestellte Gut nicht ausliefert, wenn der Reisende nicht in den Zug steigt; es ist Annahmeverzug, wenn die Theaterleitung nichts aufführt und in Folge dessen das bestimmte Gastspiel unterbleiben muß, wenn sie das Theater schließt oder die Koulissen verbrennt; es ist Annahmeverzug, wenn der Kranke den Chirurgen nicht empfängt, wenn die Mutter die Amme nicht zum Kinde läßt; es ist Annahmeverzug, wenn mir Jemand für ein Gutachten nicht die von mir für nöthig erachtete Auskunft giebt, wenn Jemand dem Experten nicht die zur Untersuchung stehende Sache überweist, überhaupt wenn Jemand das lebende oder todte Objekt der wissenschaftlichen, künstlerischen, hygienischen Behandlung nicht bietet.

Dieses Nichtbieten kann ein Nichtbieten ohne Grund sein; dann versteht es sich von selbst, daß dem Unternehmer Entschädigung für den Verzug und, wenn die Nachfrist verstrichen ist, Zahlung gewährt werden muß, wie wenn er geleistet hätte (mit den entsprechenden Abzügen wie oben).

Wie aber, wenn der Fabrikherr dem Chemiker das Laboratorium für die betreffende Untersuchung nicht darbietet, weil es abgebrannt ist? wenn das Theater nicht spielt, weil die Theater obrigkeitlich geschlossen sind? wenn der Kranke den Chirurgen entläßt, weil die Operation im Moment besondere Gefahr bietet oder weil die Krankheit durch eine unerwartete Wendung plötzlich ohne Operation gehoben wird — denn Niemand schließt einen Operationsvertrag mit einem Arzt anders als so, daß die Operation dann stattfinden soll, wenn sie er-

forderlich ist, nicht aber wenn die Krankheit ohne Operation geheilt wird; und auch nicht für den Fall, daß das Uebel eine solche Wendung nimmt, daß die Operation nichts mehr fruchtet.[109]) Oder wenn es sich um einen Vertrag der Hülfs- oder Bergeleistung handelt und das Schiff untergeht oder ohne Hülfe wieder flott (und dadurch der Hülfsthätigkeit entzogen) wird; oder um den Transport einer individuellen Sache und die zu transportirende Sache vor der Einlieferung untergeht, oder wenn der zu reinigende Teppich unterwegs so ruinirt wird, daß sich eine Reinigung nicht lohnt, wenn die Person, auf deren Namen der Personentransport gestellt ist, stirbt, oder wenn der Kunde stirbt oder pestkrank wird, bevor der Schneider die Anprobe gemacht hat[110]) oder wenn die Amme engagirt ist und das Kind stirbt?

Hier muß man sagen: alle diese Umstände veranlassen nicht nur einen Annahmeverzug, sofern sie es dem Besteller unmöglich machen anzunehmen und ihm dadurch den Annahmeverzug aufdrängen — sie sind zugleich Gründe, welche die Leistung unmöglich machen, und zwar nicht bloß deßhalb, weil die nöthige Annahmethätigkeit nicht erfolgt, sondern auch, weil die für die Leistung erforderlichen objektiven Bedingungen weggefallen sind. Die Leistung würde ja auch dann unmöglich, wenn die entsprechenden Bedingungen nicht vom Besteller, sondern vom Unternehmer selbst oder von dritter Seite her gesetzt werden sollten: das Theaterspielen wird auch dann unmöglich, wenn das von einem Liebhaber dazu eingeräumte Theater abbrennt, die Amme kann nicht fungiren, auch wenn ich sie für die Stillung fremder Kinder bestellt habe und diese die Pest bekommen, der Freskomaler kann nicht arbeiten, auch wenn ich an seinem eigenen Hause ein Fresko anbringen lassen wollte und dieses abbrennt, der Juwelier kann nicht arbeiten, auch wenn ich ihn bestellt habe, um die Juwelen der verarmten Gräfin so und so zu fassen und die Juwelen gestohlen werden; der Künstler kann die Straße nicht verzieren, wenn die Ver-

[109]) Auch sonst muß man dem Patienten das Recht geben, eine lebensgefährliche Operation gegen bloße Zahlung des Vergangenen abzulehnen, denn die Interessen des Lebens brechen die Vertragsgebundenheit, vergl. Arch. f. civ. Praxis 84 S. 27 f.

[110]) Anders wenn der Kunde nachträglich stirbt oder das Kleid sonst nicht mehr brauchen kann, z. B. der Minister seine Galauniform, wenn er unterdessen entlassen wird: in diesem Fall ist die Arbeit des Schneiders objektiv richtig und nur für den Kunden (bezw. dessen Erben) belanglos.



zierung polizeilich verboten wird, er kann das Denkmal zu Gunsten der Gefallenen auf dem öffentlichen Platze nicht errichten, wenn ein staatliches Interdikt ergeht, welches aus politischem Interesse einen Gedenkstein untersagt; das Experiment kann nicht erfolgen, wenn es behördlich als unzulässig erklärt wird; die Rettungsgesellschaft kann die von einem Dritten in Entreprise gegebene Rettung nicht ausführen, wenn die Unglücklichen vorher untergehen; der von der Zeitung abgeschickte Schlachtenberichterstatter muß unverrichteter Dinge heimreisen, wenn er gerade recht zum Friedensschlusse kommt; der von der Gesellschaft geschickte Afrikareisende kann die Erforschung des Welttheils nicht weiter fortsetzen, wenn Feindseligkeiten ausbrechen, welche die Weiterreise zur Unmöglichkeit oder Tollkühnheit machen, und die Cholerakommission kann nicht weiter arbeiten, wenn ein leichtes, sicheres Heilmittel entdeckt wird, das die Cholera zum ungefährlichen oder gar nützlichen Purgirverhältniß umgestaltet, so daß es den Herren der Kommission am Gegenstand der weiteren Verhandlung und Beschlußfassung gebricht.

Daraus ergiebt sich von selbst: in allen diesen Fällen kann der Unternehmer keine Vollzahlung verlangen, als ob er die Arbeit geleistet hätte, er kann nur Zahlung verlangen, sofern und soweit er geleistet oder zur Leistung Vorbereitungen gemacht hat, nach billigem Ermessen.

Dies gilt also überall dann, wenn nicht bloßer Annahmeverzug gegeben ist, sondern ein Unfall vorliegt, der nicht nur den Besteller an der Annahme, sondern auch den Arbeiter an der Arbeit hindert,[111]) wo mithin Annahmeunmöglichkeit (Annahmeverzug) und Leistungsunmöglichkeit kombinirt sind (oben S. 179). Eine Ausnahme ist allerdings dann gegeben, wenn der Besteller durch sein Verschulden diese Unmöglichkeit herbeigeführt hat, so wenn er den Brand des Laboratoriums schuldhaft veranlaßt hat; oder wenn der Besteller das objektive Hinderniß, z. B. ein polizeiliches Verbot, hätte voraussehen können, während man vom Arbeiter nach seinen Verhältnissen ein solches Verständniß nicht erwarten konnte; so auch, wenn das Laboratoriums- oder Theatergebäude wegen Mangels an hygienischen Maßregeln oder wegen Feuergefährlichkeit polizeilich beanstandet wurde.

Das gilt nicht deßwegen, als ob hier ein Fall des verschuldeten Annahmeverzug vorläge; es gilt deßwegen, weil umgekehrt die Leistungs-

[111]) Vergl. darüber oben S. 200.

unmöglichkeit vom Gläubiger verschuldet ist, er daher für alles aufzukommen hat, was der Schuldner hätte, wenn sich ihm die Möglichkeit der Leistung geboten hätte.

Das Gesetz sagt daher in § 645 Abs. 2 (mit Beziehung auf § 643): „Eine weitergehende Haftung des Bestellers wegen Verschuldens bleibt unberührt."

Diese Fassung des Gesetzes ist scheinbar nicht erschöpfend; denn eine vollständige Haftung des Bestellers ist nicht nur im Falle seines Verschuldens gegeben; sie liegt vielmehr stets dann vor, wenn die Nichtleistung der dem Besteller obliegenden Thätigkeit im subjektiven Verhältnisse des Bestellers ihren Grund hat, wenn sie nicht durch objektive, auch den Unternehmer treffende Umstände veranlaßt worden ist. Daß hier das Verhalten des Bestellers ein subjektiv schuldhaftes ist, ist nicht erforderlich: er haftet für Vollzahlung, wenn er seine Thätigkeit aus entschuldbarem Irrthum nicht geleistet hat, z. B. aus der irrigen Annahme eines polizeilichen Verbots; oder auch dann, wenn er die Sache, welche vertragsmäßig als das Medium der Dienstleistung des Unternehmers gelten soll, nicht bieten kann, weil er durch subjektive Gründe gehindert wird: so wenn ein Umstand eintritt, der das Rechtsverhältniß des Bestellers zur Sache betrifft, wenn z. B. der Fabrikant das Laboratorium nicht bietet, weil ein Vindikant es mit Beschlag belegt, das Geräth nicht zur Arbeit giebt, weil es durch eine einstweilige Verfügung dem Besteller entzogen, oder wenn das Kind nicht zur Amme gelassen werden kann, weil es dem geschiedenen Ehemann, der die Amme bestellt hatte, nachträglich durch Richterspruch vorenthalten und der Ehefrau zugewiesen worden ist.

Eine vollständige Haftung des Bestellers ist ferner auch dann gegeben, wenn die Arbeit des Werkmanns oder Künstlers nicht auf das bestimmte Medium beschränkt blieb, sondern das Medium nur in erster Reihe vorgesehen war: wenn hier der Unfall dieses eine Medium trifft, so trifft er nur den Besteller, sofern es ihm schwierig sein kann, sofort ein anderes Medium zu beschaffen; so wenn der Fabrikherr mehrere Laboratorien hat, so daß da und dort gearbeitet werden kann, und eines derselben abbrennt; so wenn eine für die Versuchsoperationen erforderliche Maschine schadhaft wird, aber ersetzt oder sofort ausgebessert werden kann; so wenn ein Versuchskaninchen stirbt und andere herbeigeschafft werden können u. a.

Das Gesetz ist also scheinbar nicht erschöpfend, aber auch nur scheinbar: es findet von selbst seine Ergänzung in den von ihm aufgestellten allgemeinen Grundsätzen des Annahmeverzugs, die stets zu wiederholen das Gesetz keine Veranlassung hatte; denn in den angeführten Fällen des subjektiven Hindernisses liegt ja nur Annahme-, nicht Leistungsunmöglichkeit vor, wir bewegen uns also völlig im Gebiet des reinen Annahmeverzuges. Der § 645 Abs. 2 dagegen handelt von dem Fall, wo Annahmeunmöglichkeit und Leistungsunmöglichkeit kombinirt sind, mithin eigentlich nur eine theilweise Honorarzahlung angezeigt wäre; hier kommt nun das Verschulden des Gläubigers, d. h. die von ihm verschuldete Herbeiführung der Leistungsunmöglichkeit in Betracht.

Eine andere scheinbare Unvollständigkeit der Fassung des Gesetzes liegt in Folgendem: Nach § 643 genügt der Annahmeverzug des Bestellers nicht, um den Arbeiter in die Lage zu versetzen, ohne die Arbeit das Honorar zu begehren, es muß noch eine Aufforderung und Fristsetzung stattfinden. Diese Voraussetzung ist nicht erforderlich, wenn die Nichtannahme auf einem Umstande beruht, der zugleich eine Unmöglichkeit der Leistung involvirt: in diesem Falle treten die Ablösungen des § 645 ein, ohne daß eine Fristsetzung nach § 643 stattfindet. Aber auch dies ist keine Unvollständigkeit des Gesetzes; es ergiebt sich aus der einfachen Erwägung, daß nunmehr eine Leistungsunmöglichkeit vorliegt, mithin ein Angebot und eine Nachleistung von selbst ausgeschlossen ist. Auch dies brauchte das Gesetz nicht besonders zu besagen: es sind das dieselben Umstände, welche oben (S. 199) zum Satze geführt haben, daß es hier zum Annahmeverzug keines Verbalangebots bedarf.

Anders, wenn es sich um eine subjektive Unmöglichkeit handelt, z. B. die Sache, welche das Medium der Leistung bildet, dem Besteller durch gerichtliche Verfügung entzogen ist: hier hat es guten Sinn, daß der Arbeiter dem Besteller eine Frist setzen muß, um unterdessen das Hinderniß zu beseitigen; es müßte denn sein, daß eine solche Beseitigung nach menschlicher Berechnung ausgeschlossen ist, in welchem Fall eine Nachfrist als unnöthig gestrichen werden kann.

Aber auch im Falle der objektiven Unmöglichkeit ist dann eine Ausnahme zu machen, wenn das untergegangene Medium *ersetzbar* und die Verzögerung unbedeutend ist: in diesem Fall kann jeder Theil die Vollendung des Werkes verlangen, der Unternehmer, indem er

zugleich ein anderes Medium verlangt, der Besteller, indem er ein anderes Medium anbietet; eine Ersetzbarkeit des Mediums in diesem Sinne ist aber nur dann gegeben, wenn der Vertrag nicht von vornherein auf das Medium beschränkt ist, sondern sich nachträglich erst auf das Medium konzentrirt hat, z. B. wenn der Bauherr, nachdem die Stoffe vom Werkmeister abgenommen und nachträglich durch Zufall untergegangen sind, andere Stoffe liefern kann; während es keine Aequivalirung ist, wenn etwa anstatt des vertragsmäßigen Bauplatzes ein anderer geleistet werden könnte. Im ersten Falle kann, wenn keine bedeutende Verzögerung eintritt, wenn also der Werkstoff bald nach der Verwendung untergegangen ist, bald ersetzt und das Werk ohne erheblichen Verzug angefangen werden kann, jeder Theil auf der Fortsetzung des Werkes bestehen; wenn aber der Boden, auf dem vertragsmäßig gebaut werden soll, durch ein Erdbeben zerrissen worden ist, so braucht sich kein Theil auf einen Bau auf einem anderen Terrain einzulassen.

Das Gesetzbuch liefert daher völlig befriedigende Resultate. Auch ein anderer Vorwurf gegen dasselbe muß zurückgewiesen werden, der, wie die meisten Vorwürfe, nur auf Mißverständnissen beruht.

Unser Gesetz enthält in § 644 die Bestimmung, der Unternehmer trage die Gefahr bis zur Abnahme oder zum Annahmeverzug; für den zufälligen Untergang oder eine zufällige Verschlechterung des von dem Besteller gelieferten Stoffes sei er nicht verantwortlich; worauf in § 645 Bestimmung für den Fall gegeben ist, daß in Folge der Mangelhaftigkeit eines solchen Stoffes das Werk untergeht.

Man hat nun gefragt: Wie wenn das Werk nicht untergeht durch Mangelhaftigkeit des Stoffes, sondern beispielsweise durch Mangelhaftigkeit des Bauplatzes oder durch einen den Bauplatz treffenden Unfall? Wie wenn es untergeht, indem etwa die Mauer niederstürzt, an der das Fresko anzubringen, wenn der Kranke stirbt, bevor die Kur zu Ende ist, die Rechtssache zufällig erledigt wird, bevor ich das Gutachten gemacht habe, das Gesetz aufgehoben wird, bevor der Kommentar vollendet ist? Hat hier der Arbeiter garnichts zu begehren?

Diese ganze Frage beruht auf unrichtiger Vorstellung. In allen Fällen, wo der Besteller im Annahmeverzug ist, und dies ist er, wenn er auch nur aus Zufall die Situation nicht herbeiführen kann, die zur



Leistung erforderlich ist, — handelt es sich nicht darum, es zu rechtfertigen, daß der Arbeiter überhaupt etwas bekommt; sondern es handelt sich darum, zu rechtfertigen, daß er nicht alles bekommt, daß ihm nur Vergütung für das bereits Geleistete gewährt wird. Die Bestimmung bezüglich des Werkstoffes wäre darum eigentlich unnöthig gewesen und ist im Gesetze natürlich nur exemplifikativ, nicht limitativ zu fassen; allerdings hat auch diese Erwähnung nichtsdestoweniger ihren guten Grund, der alsbald noch zu Tage treten wird (S. 261). Im Allgemeinen aber muß gesagt werden: in allen Fällen, die oben angeführt sind, wenn die Mauer, wenn das Terrain untergeht, liegt Annahmeverzug vor, denn zum Annahmeverzug bedarf es keines Verschuldens; es liegt zwar auch Leistungsunmöglichkeit vor: beides aber kombinirt sich zu dem Resultat, das in § 643, 645 deutlich ausgedrückt ist: der Unternehmer bekommt nicht alles, aber einen entsprechenden Theil der Vergütung und Ersatz für die in dieser Vergütung nicht mitberechneten Vorbereitungen.

Gegen diese Auffassung ließe sich allerdings eines geltend machen. Es ist, wie oben (S. 254) gezeigt, der Fall denkbar, daß die Leistungssituation gar nicht vom Besteller, sondern von einem Dritten zu bieten ist, wie in dem Fall, wenn ich Jemanden für die Rettung Schiffbrüchiger engagirt habe und diese untergehen, oder wenn ich Jemanden für die Beobachtung des Venusdurchganges bestellt habe und das stürmische Wetter jede Thätigkeit verhindert. Hier kann, da die Leistungssituation in dieser Beziehung gar nicht durch den Besteller herbeizuführen ist, zwar von einer Leistungsunmöglichkeit, nicht aber von einem Annahmeverzug gesprochen werden; und doch werden wir gerechten Falles auch hier den Arbeiter auf gleichem Fuße behandeln und ihm auch hier eine entsprechende Vergütung gewähren.

Der Grund liegt aber darin: in Normalfällen ist es der Besteller, der die Leistungssituation herbeizuführen hat und das rechtfertigt diese Behandlung; wo aber ausnahmsweise die Leistungssituation von anderer Seite gewährt wird, da will der Unternehmer so behandelt sein, wie im Normalfall, und der Besteller sichert ihm stillschweigend eine solche Behandlung zu; denn sonst würden die Arbeiter diese Konstellation, wo eine Thätigkeit oft sehr wünschenswerth, ja unbedingt nothwendig ist, im Stich lassen, was nicht sein darf.

Völlig unrichtig sind daher die Beanstandungen dieser Bestimmung des Gesetzbuchs (bezw. des Entwurfs) von Strohal in den Jahrb. f.

Dogmatik XXXIII S. 384 f., die von der Annahme ausgehen, als ob der Unternehmer gar keinen Lohn bekomme, wenn etwa das Gebäude, wo die Arbeit gemacht wird, inzwischen untergeht oder der Patient, dessen Zähne eben plombirt oder sonst erneuert werden, mitten in der Arbeit wegstirbt. Wie unrichtig diese Annahme ist, ergiebt sich aus dem obigen; und wie unzutreffend und ungenügend ist die Eintheilung, die Strohal bietet: in Gefahren, welche der Sphäre des Bestellers oder der des Unternehmers angehören! Gehört es in die Sphäre des Bestellers oder Unternehmers, wenn der Maler an seinem eigenen Hause auf Bestellung ein Fresko malen soll? In welche Sphäre gehört es, wenn die Schiffbrüchigen untergehen oder die Polizei die Verzierung des öffentlichen Platzes verbietet? Andererseits führt dies zu völlig unrichtigen Entscheidungen. Ist es gerecht, wenn der Maler jeden Anspruch verliert, falls er mein Bild in seinem Atelier fertig machen will und dieses dort durch vis major verbrennt (Strohal S. 586)? Dies ist ebensowenig zutreffend, als wenn es in einer Kammer des Nachbarn untergeht, wo es zum Trocknen aufgehängt ist. Solche Zufälligkeiten können doch nicht die ungeheuere soziale Frage der Behandlung des Arbeitslohnes entscheiden. Man denke an den Unterschied der Fabrik- und Hausindustrie: wenn, wie in der Schweiz, ganze Bevölkerungsklassen sich davon nähren, daß sie vorgezeichnete Stickereien ausarbeiten und dies nicht in Fabriken, sondern in der Art der Hausindustrie thun, wenn es bei uns im Geschäftszweige der Schneider, Schneiderinnen, Putzmacherinnen in hohem Maße Uebung ist, die Arbeit ins Haus zu geben, sollte wirklich „nichts dagegen einzuwenden sein, daß jeder Anspruch entfällt“, wenn hier die halbe und 3/4 vollendete Arbeit durch einen unglücklichen Zufall untergeht, so daß der Arbeiter seine ganze Habe verliert und dazu noch den mühsamen Verdienst vieler Wochen? während es anders wäre, wenn die Arbeit in Räumlichkeiten des Fabrikanten stattfände und der Untergang hier erfolgte!

Näher kommt dem Richtigen Oertmann in Grünhut XXIV S. 48, wenn er unterscheidet, ob der Zufall allein oder doch primär die Leistung des Werkmeisters trifft, oder ob er nur oder doch zunächst nur die Annahme unmöglich macht; eine Fassung, die allerdings ebenfalls nicht völlig in der „Sphäre“ des Richtigen ist und an zu großer Unbestimmtheit leidet. Wenn er andererseits annimmt, daß nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch bei einer Unmöglichkeit, die im Bereich des

Bestellers liegt, Auflösung ohne Entschädigung eintrete (S. 69), so ist dies unrichtig: das „Rüstzeug" der Wissenschaft (S. 70), welches hier Abhülfe bieten könnte, braucht nicht erst in Zukunft gesucht zu werden, es ist in der richtig verstandenen Lehre des Annahmeverzugs bereits gegeben, so wie ich bereits vor Jahren diese Lehre entwickelt hatte.

Die richtige Unterscheidung lautet nach dem obigen: Wo immer die Nichterfüllung blos im Annahmeverzug begründet ist, hat der Werkleister das ganze Honorar zu begehren; wo kein Annahmeverzug vorliegt, hat er nichts zu begehren; wo aber sowohl Annahmeverzug als Leistungsunmöglichkeit vorliegt, hat er nach Maßgabe des Geleisteten zu begehren; dem Annahmeverzug wird es gleichgestellt, wenn im einzelnen Fall die Leistungssituation nicht durch den Besteller zu bieten ist, wie in den Normalfällen, sondern von dritter Seite her gegeben werden muß.

Dieser Satz giebt die Entscheidung für allen und jeden Fall; er gilt auch im Bürgerlichen Gesetzbuch; er folgt den Prinzipien dieses Gesetzbuchs über Annahmeverzug, und es bedarf darum nicht erst einer Usualinterpretation, um ihn bei uns einzuführen.

Jetzt ist auch der Grund klar, der es rechtfertigt, daß das Gesetz die Stofflieferung besonders hervorhebt. Der Werkleister kann verhältnißmäßige Zahlung verlangen, wenn das Werk in Folge des vom Besteller gelieferten Stoffes untergeht. Dasselbe gilt nicht, wenn das Werk untergeht in Folge des von einem Dritten gelieferten Stoffes. Der Satz, daß der Normalfall der Situationsgestaltung (die Situationsgestaltung durch den Besteller) auch für andere Fälle maßgebend ist, gilt nicht, was die Stofflieferung betrifft. Der Grund ist einleuchtend. Der von Dritten gelieferte Stoff ist weniger als alles andere der Kontrolle und Beaufsichtigung des Bestellers anheimgegeben: er wäre daher bezüglich seiner Honorarpflicht völlig verrathen; liefern Dritte den Stoff, so soll sich der Werkleister mit diesen Dritten sichern oder selbst die Stoffe kontrolliren — oder aber die Gefahr des Stoffes auf sich nehmen.

Daß solches die Erwägungen gewesen sind, welche zu dieser Bestimmung (oder zur Bestimmung des a. 1790 C. civ.) geführt haben, wird allerdings niemand glauben; es ist auch dies einer der Fälle, wo das Bürgerliche Gesetzbuch weiser ist als — die Motive zum Entwurf, denn diese Motive sind im höchsten Grade dürftig und unzureichend. Wenn

man daher künftig den § 644 interpretirt, so darf man nicht verfehlen, auf die Worte „des von dem Besteller gelieferten Stoffes" das Gewicht zu legen.

Diesen Ausführungen schließe ich noch eine Bemerkung bezüglich einer besonderen Art des Werkvertrages an, bezüglich des Frachtgeschäfts. Hier zeigt sich ein interessanter Wandel in den Anschauungen von der Zeit des Handelsgesetzbuchs bis zu der Zeit des Binnenschifffahrtsgesetzes. Beide stimmen darin überein, daß, wenn die Waare vor der Uebergabe zum Transport untergeht, die Grundsätze des Annahmeverzugs eintreten, denn vor der Uebergabe hat die Waare nur mit dem Absender zu thun; auch darin, daß die volle Fracht bezahlt werden muß, wenn die Waare nach der Uebergabe durch inneren Verderb, Tod u. dergl. untergeht, H.G.B. § 618, Binnenschifffahrtsgesetz § 64. Dies ist eine Ausnahme von der Regel: der Untergang der übergebenen Sache ist nicht nur ein Hinderniß für die Annahme der Dienste des Frachtführers, sondern auch ein Hinderniß der Dienstleistung des Frachtführers selbst, denn für nichtvorhandene Güter kann er keine Dienste leisten; der Grund ist aber der, daß der Transport meist als Massenleistung vollzogen und der Frachtführer durch den Untergang einzelner Sachen in keiner Weise von seiner Verbindlichkeit, die vereinbarte Reise zu machen, entlastet wird: weshalb es im Verkehr usuell wurde, daß sich der Frachtführer für solchen Fall die Totalzahlung ausbedang.[112]) Das Gleiche gilt auch vom Ueberfahrtsvertrag, H.G.B. § 667 Abs. 2.

So wenn die Sache durch ihre innere Beschaffenheit untergeht: was aber den sonstigen Untergang der Transportsache betrifft, so besteht zwischen den zwei Gesetzgebungen ein merkwürdiger Unterschied. Nach H.G.B. ist angenommen: der Frachtführer hat hier ein Nichts geleistet, d. h. seine Leistung hat keinen Erfolg gehabt, mithin ist ihm Nichts zu zahlen; das ist im H.G.B. a. 635 (jetzt § 633), sogar sehr energisch zum Ausdrucke gekommen: der theilweise Transport ist für Nichts zu rechnen, da er eine Thätigkeit ist, die schließlich in eine Null von Erfolg ausläuft. Die Behandlung ist daher grundsätzlich eine andere, als in dem Fall, wenn die Waare erhalten bleibt und die Reise aus Gründen der Schicksale des Schiffes oder der Schifffahrt früher endet: hier besteht das System der Distanzfracht mit Rücksicht darauf, daß ein theilweiser

[112]) Schon das Röm. Recht kennt diese Entscheidung, und zwar speziell mit Rücksicht auf die Verkehrsverabredungen, fr. 10 pr. de lege Rhodia.

Transport für die wohlerhaltene Waare immerhin ein theilweiser Effekt ist; so das H.G.B. a. 632 (jetzt § 630), und so, in diesem Punkt mit ihm übereinstimmend, das Binnenschifffahrtsgesetz § 68.

Dieses System der Distanzfracht hat nun das Binnenschifffahrtsgesetz auf den vorigen Fall ausgedehnt, sofern die Waare nach theilweisem Transport (aus anderen Gründen als innerem Verderb) untergeht, § 63. Dies ist gerecht und entspricht auch den eben entwickelten Grundsätzen des B.G.B. Es ist ja richtig: der Erfolg ist Null, aber es ist einseitig, diese Null von Erfolg lediglich auf die Schultern des Frachtführers zu laden; man muß berücksichtigen, daß, wenn seine Leistung in Folge des Sachhindernisses zu einer Null geführt hat, dieses Sachhinderniß zugleich ein Hinderniß für den Absender ist, die Leistung des Frachtführers in Empfang zu nehmen: es ist also ein Fall, wo Annahmehinderniß (Annahmeverzug) und Leistungshinderniß konkurriren; würde durch bloßes Annahmehinderniß die Leistung zu nichte, z. B. der Absender hätte keine Waare geliefert, so hätte der Absender (in thesi) Alles zu zahlen; wird sie zu nichte durch konkurrirendes Annahme- und Leistungshinderniß, so ist es ebenso gerecht, daß der Frachtführer für die Thätigkeit, welche dem Erfolg zusteuerte, eine entsprechende Vergütung erhält, wie im Fall der Ausbedingung einer Gemälderestauration der Restaurateur, wenn nach begonnener Arbeit das Gemälde untergeht.

Zu welch irrigen und ungerechten Resultaten die entgegengesetzte einseitige Auffassung führt, zeigt das Islamrecht: hier ist in orientalischer Weise die Sache auf die Spitze getrieben: dem Frachtführer ist selbst dann nichts zu bezahlen, wenn die Waare am Bestimmungsorte ankommt, aber wegen Abwesenheit des Adressaten nicht bestellt werden kann.[113])

4. Folgen des Gläubigerverzugs.

§ 18.

Wie bereits in meiner Abhandlung S. 375f. ausgeführt, hat man zu unterscheiden zwischen dem Rechtserfolg der Erfüllungssurrogate und dem Verhältniß, das in Folge des Annahmeverzugs bereits vor jedem Erfüllungssurrogat eintritt. Es ist dort hervorgehoben, daß auch schon vor und ohne solche Surrogatbefreiung der Schuldner eine rücksichts-

[113]) Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. VI S. 248.

vollere Behandlung und eine Erleichterung in seiner Schuldlage verdient. Natürlich gilt das nur, wo nicht schon die Befreiung ohne Erfüllungssurrogate eintritt, wie beim Dienstvertrag; denn im letzteren Fall ist dem Schuldner schon von selbst grundsätzlich geholfen.

Der Annahmeverzug an sich nun hat folgende Rechtswirkungen:

1. Er überwälzt die Gefahr auf den Gläubiger.[114])

Dies ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch von besonderer Wichtigkeit: denn es folgt bezüglich der Gefahrtragung beim Kauf den Prinzipien des deutschen Rechts: die Gefahr geht erst mit der Tradition über, bezw. mit dem Moment, wo die Sache am Erfüllungsort zum rechtmäßigen Transport aufgegeben wird, §§ 446, 447 cf. 323 B.G.B.[115])

Ist der Käufer im Annahmeverzug, so geht die Gefahr bereits mit diesem Zeitpunkt über, § 324 Abs. 2, d. h. der Kaufpreis ist trotz des Unterganges oder der Verschlechterung zu zahlen.

Dies ist altgermanisches Recht; der in meinem Aufsatz (S. 388) angeführten Stelle kann ich einen Klassiker des deutschen Rechts beifügen: Beaumanoir XXXIV, 54, der diesen Satz in vorzüglicher Weise entwickelt:

Autre coze seroit, se j'avoie vendu ou convenencié aucune coze et je l'offroie à tans et à hore à delivrer, et il estoit en defaute de l'aceteur ou de celi, à qui je l'aroie convenencié, de penre loi, et puis l'offre fete soufisamment le coze vendue ou convenencié perissoit ou empiroit par mort ou en autre maniere par le delai de l'aceteur ou de celi, à qui ele devroit estre baillié par le convenence, et sans mes coupes; en tel cas doit courre li damaces sor celi, qui de mi le doit recevoir; car je ne li doi baillier le coze fors tele comme ele est, et il me doit paier ce qui me fu enconvenencié por le coze. Et se les denrées qu'il dut avoir par le convenence sont perdues ou empiriés, puis qu'eles li furent ofertes à livrer, sans mes coupes, il ne se doit penre de son damace fors à se negligence.

---

[114]) So auch das Islamrecht: Moderne Rechtsfragen S. 12 und 16.

[115]) Die Begründung der Motive zum Entw. II S. 206, welche den römischen Rechtssatz als einen „theoretisch kaum zu erklärenden, mit sonstigen Rechtsprinzipien und dem Wesen der in Betracht kommenden Verträge im Widerspruch stehenden ... Satz" bezeichnen, läßt allerdings viel zu wünschen übrig. Das römische Prinzip hat das Schweizer. Obl.R. a. 204.

So auch Bouteiller, Somme Rural tit. 67 (Ed. 1611) p. 396: Sçachez que puisque vente est faicte d'aucune chose dont la demeure de livrer n'est au vendeur, mais est à l'acheteur, sçachez que le dommage qui s'en peut ensuyvir appartient à celuy qui (est) en demeure d'accomplir le marché, soit par le vendeur ou par l'acheteur, selon la loy qui dit: „Mora sua cuilibet est nociva“;[116])

ebenso ib. p. 397:

si la chose vendue estoit perdue par feu ou par autre meschef, sçachez que le dommage en demeureroit à celuy sur qui la demeure seroit, juxta illud: Mora sua cuilibet est nociva.

Für Bouteiller hat die Frage allerdings weniger Interesse: er ist schon soweit romanisirt, daß er die Gefahr mit dem Abschluß des Kaufes übergehen läßt; so tit. 67 p. 396 und namentlich tit. 71 p. 418 (vergl. aber auch noch ib. p. 421), wobei er sich auf die lex: cum speciem venditam (c. 5 de peric. et comm. rei vend.) bezieht.

Handelt es sich um eine Gattungssache, so ist zu unterscheiden: geht die ganze Gattung unter, so trägt der Käufer diesen Untergang, wenn er im Annahmeverzug ist, und es gelten hier die in meinem Aufsatz S. 390 f. entwickelten Grundsätze, sowohl bezüglich des ganzen als des theilweisen Unterganges; geht aber nicht die Gattung, sondern nur die einzelne ausgeschiedene Sache unter, so trifft dies den Gläubiger im Fall des Annahmeverzugs, vorausgesetzt, daß die Sache dem Gläubiger gegenüber ausgeschieden, also nicht blos einseitig bereitgelegt, sondern bereitgelegt und dem Gläubiger zur Empfangnahme oder Abholung dargeboten worden ist (§ 300), und auch in dieser Beziehung kann ich auf meine Abhandlung S. 394 f. verweisen.

Von besonderer Bedeutung ist diese Folge des Annahmeverzugs beim Werkverding. Oben (S. 249) ist davon die Rede gewesen, sofern der Werkleister bei Annahmeverzug ohne (vollständige) Arbeit das Honorar (ganz oder theilweise) zu beanspruchen hat. Hier ist der Fall zu behandeln, daß der Werkleister seine Arbeit vollendet hat und das Werk vom Besteller abgenommen werden soll: da kann es sich nicht darum handeln, daß die nicht geleistete Arbeit als geleistet zu betrachten ist, sondern daß das körperliche Resultat der Arbeit vom Besteller entgegen-

[116]) Die Umkehrung des Afrikan'schen: Neutri frustratio sua prodesse debet (fr. 37 mand.).

genommen wird. Hier gilt nun der Grundsatz: ist der Gläubiger in der Abnahme säumig, so geht die Gefahr auf ihn über; die Säumigkeit aber bestimmt sich nach den gewöhnlichen Regeln des Annahmeverzugs: die Abnahme ist die zur Erfüllung erforderliche Annahmethätigkeit des Gläubigers — welche allerdings nur da erforderlich ist, wo es sich um ein körperliches, nicht wo es sich um ein unkörperliches Resultat (Rettung, Belehrungs-, Genußeffekt) handelt.[117]

Wird die Abnahme verweigert, so gelten bezüglich des Erfüllungssurrogates die Regeln der Sachleistung; jedenfalls aber tritt schon mit dem Verzug die Ueberwälzung der Gefahr auf den Besteller ein. Dies ist gemeines Recht und Recht des C. civ.,[118] es ist auch das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs § 644.[119]

Dies die erste Folge des Annahmeverzugs.

2. hat das Gesetzbuch, dem Vorgange fast aller Gesetzgebungen folgend, in § 300 die Bestimmung gegeben, daß vom Annahmeverzug an der Schuldner nur noch für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit hafte, daß mithin eine nach Vertrags- oder Gesetzesverhältniß sonst bestehende Haftung für größere Sorgfalt (§ 276) hiernach zu erleichtern sei.

Die Bestimmung beruht auf der Erwägung, daß der Schuldner durch den Annahmeverzug nicht ungerecht bedrängt und mithin nicht zu einer Sorgfalt gehalten werden soll, von der er sich durch die Sachlage als entbunden erachten möchte und als entbunden zu erachten das Recht hat; eine Haftung für dolus läßt man aber als selbstverständlich fortbestehen, und eine Haftung für grobes Verschulden entspricht dem Grundgedanken, daß, wer im Vertragsverhältnisse zu fremdem Vermögen steht, jedenfalls für schweres Verschulden einsteht, auch wenn er z. B. die Sache als Schenker innehat (§ 521) oder als Finder

[117]) Die Abnahme ist nicht ohne weiteres Billigung; sie kann aber, ebenso wie die Abnahme beim Kauf, Billigungseffekt haben in Bezug auf die bei der Abnahme ersichtlichen und bekanntwerdenden Mängel, falls kein Vorbehalt gemacht wird, § 464, 640. Insbesondere heißt das approbare der Quellen durchaus nicht immer billigen, sondern bald billigen, bald: zur Billigung vorlegen; vergl. fr. 51 § 1 loc.: tibi a conductore adprobaretur; vergl. auch Valerius Maximus VI, 3 § 10: lex enim tibi meos tantum praefinit oculos, quibus formam tuam adprobes; Apulejus VI, 22: Iovi causam probat; aber auch Livius IV, 22, Plautus, Miles gloriosus IV 4, 38: inprobare.

[118]) Vergl. meinen Aufsatz S. 389f.

[119]) So auch das Islamrecht, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. VI S. 248.



(§ 968) oder kraft Nothgeschäftsführung (§ 680), also auch in Fällen, wo das Vertragsverhältniß ihn jeder sorgenden Rücksicht für fremdes Vermögen entläßt.

Im Allgemeinen ist der Standpunkt des Gesetzes gerechtfertigt. Allerdings läßt sich hiergegen (Abhandl. S. 398f.) der begründete Einwand erheben, daß der Schuldner sich durch Erfüllungssurrogate befreien kann, und daß man ihn zu einer solchen Befreiung als quasi gebunden erachten darf, mithin eine solche Erleichterung der Haftung nur für die Zwischenzeit gerechtfertigt ist, die zwischen dem Beginn des Annahmeverzugs und dem Momente liegt, an welchem man ihm die Vornahme des Erfüllungssurrogates ansinnen kann. Indeß ist die Benutzung der Erfüllungssurrogate in Nichtgeldsachen auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche nicht so vereinfacht und erleichtert, wie es wohl für wünschenswerth zu erachten wäre, und solange dies nicht der Fall ist, wird man sich im Gegenstoß der Interessen für den Schuldner entscheiden und ihm die Erleichterung dauernd gewähren müssen.

Eine 3. Folge ist:

Mit dem Annahmeverzug hört zwar nicht jede Zinspflicht auf, aber die Zinspflicht in Bezug auf eine Geldschulden (B.G.B. § 301). Damit ist das B.G.B. wieder zum früheren Rechte zurückgekehrt, nachdem man lange Zeit den Zinsenlauf erst mit der Deposition sistirt hatte.

Ueber diese Entwickelung habe ich bereits Aufsatz S. 382f. gehandelt;[120]) eine ähnliche Entwickelung läßt sich im indischen Rechte nachweisen,[121]) und auch im deutschen Rechte finden wir den gleichen Zwiespalt. Oben (S. 206) ist die Bestimmung von Venedig erwähnt worden, wonach der Zinsenlauf mit der Hinterlegung aufhört. Andere Statuten verlegen die Wirkung auf den Moment des Annahmeverzugs, verlangen aber mehr oder minder ein publikes Zahlungsangebot.

So Como 1221 a. 249 (Monumenta historiae patriae XVI p. 94):[122])

---

[120]) Hierzu ist nachzutragen, daß Papinian in fr. 9 § 1 de usur. im Fall des Zahlungshindernisses zwar die Zinserhöhung nicht eintreten, wohl aber die ordentliche Zinspflicht fortbestehen läßt. Der Umschlag der Jurisprudenz, wonach man zum Aufhören des Zinsenlaufs Deposition der Geldsumme verlangte, ist also schon mit Papinian zu konstatiren.

[121]) Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. III S. 180.

[122]) Vergl. noch unten S. 269f.

si aliquis debitor post terminum debiti venerit ante potestatem Cumarum vel ejus assessores, et pecuniam debitam cum usuris creditori obtulerit presenti vel requisito, paratus solvere, et creditor solucionem recipere recusaverit vel per eum creditorem steterit, quod eam pecuniam non recipiatur, teneatur potestas et teneantur ejus assessores, a quibus petitum hoc fuerit, statuere creditori certam diem convenientem pro qualitate persone et habitacionis creditoris, infra quem creditor veniat cum omnibus cartis et scriptis suis ad ipsam solucionem recipiendam. Si venerit paratus arbitrio potestatis vel assessorum ejus recipere solucionem et instrumenta reddere et alia, que oportuerint fieri, facere, bene erit; alioquin ab illa die statuta in antea non teneatur debitor creditori ad aliquas usuras nec expensas futuri temporis; salvo eo, quod si creditor (lies debitor) ad usuras et expensas, sicut ante, tenebatur.

Diese Behandlungsweise hat in manchen Statuten einen besonderen wirthschaftlichen Hintergrund: sie steht im Zusammenhang mit dem durch die überwiegende Naturalwirthschaft dem Schuldner weithin gestatteten Recht der Hingabe an Zahlungsstatt: der Schuldner konnte vielfach dem Gläubiger Vermögensstücke bis zum Betrag der Schuld anbieten und war dann von der Verzinsung frei, wobei man allerdings dem Gläubiger einige Frist zur Prüfung und Annahme lassen mußte.

Dies ergiebt sich mit besonderer Deutlichkeit aus den Statuten von Vercelli, deren Bestimmung auf das Jahr 1210 zurückgeht, § 169 (Monum. historiae patriae XVI p. 1157 f.): si quis debitor protestatus fuerit in presencia alicujus consulis justicie sedentis pro tribunali in consulatu et presente creditore suo vel saltem citato trino edicto misso ad domum suam per intervalla ad minus trium dierum: quod paratus est satisfacere illi creditori suo uni vel pluribus et bona sua consignare et de rebus mobilibus satisfacere, donec duraverint, postmodum vero de rebus inmobilibus, quas habet vel intelligatur habere et que magis placeant creditori, et secundum statutum civitatis, et creditor recusaverit vel postposuerit recipere solucionem: ex tunc transacto uno mense a die predicte protestationis non currant alique usure vel guidardona vel expense.[123])

[123]) In Bezug auf das Recht der datio in solutum bestimmt der gleiche § der Statuten:



So aber auch die Statuten von Casale (14. Jahrh.) in Monum. historiae patriae (Leges municipales) I p. 948:

si quis debitor consignaverit bona sua jurejurando pro aliquo debito creditori suo et consignaverit tantum, unde possit ei satisfieri, et creditor noluerit recipere solucionem debiti sui infra octo dies post consignationem factam, quod debitor manuteneatur ab illa die in antea de expensis et guirdono; et quod potestas seu rector vel judex comunis Casalis teneatur instrumentum facere fieri per creditorem, si inde requisitus fuerit ab ipso debitore, quod ab illa die in antea alique expense sive guirdonum pro ipso debito sibi non currant; quod instrumentum valeat et teneat et in perpetuum omni tempore servetur et observetur. Si autem aliquis creditor habuerit in solutum aliquam rem a debitore suo et retinuerit instrumenta illius rei occasione defensionis, et debitor voluerit facere securitatem ipsi creditori de predicta re defendenda, quod potestas teneatur compellere dictum creditorem dicta instrumenta reddere infra quindecim dies, postquam coram ipso inde querimonia fuerit facta.

Moderner ist diese datio in solutum in Gestalt der Zahlung mit den von der Stadt emittirten Schuldbriefen.[124])

Darüber bestimmte eine Verordnung des Potestas Conradus de Ugonibus von Como v. 1250 (Mon. hist. patr. XVI p. 102 a. 278): quod fratres, qui super sunt et per tempora erunt ad cartas comunis de Cumis dandas in solutum creditoribus, possint et debeant facere requiri creditores secundum formam ordinamentorum eorum, ut veniant recipere solucionem a suis debitoribus de cartis comunis

---

Item statutum est, quod si quis creditor condempnaverit vel condempnari fecerit a tempore currente Incarnatione MCCX infra aliquem debitorem suum vel de cetero condempnaverit, quod compellatur recipere solucionem secundum formam statuti de bonis debitoris, si hoc debitor postulaverit.

[124]) Ueber die Zahlung mit solchen Schuldbriefen vergleiche man die Bestimmung in Como a. 279 von demselben Tage: carte debitorum comunis de Cumis seu eorum jura et acciones et raciones et nomina ipsius comunis possint et liceat debitoribus et eorum fidejussoribus et aliis, quibus est vel fuerit licitum, solvere sive in solutum dare creditoribus seu submissis personis eorum vel habentibus causam ab eis et aliis, quibus est vel fuerit licitum solvi seu in solutum dari, pro omni debito . . . .

de Cumis secundum formam ordinamentorum super hiis factorum; et si non venerint creditores recipere solucionem, ut ordinatum est, possint ipsi fratres statuere, quod nec usure, neç expense, nec interesse, neque ficta, nec terminus luendi seu recuperandi, nec dampna aliqua currant pro ea quantitate, que voluerint dari in solutum. Et quicquid ipsi fratres super hiis statuerint, ratum et firmum habeantur et sic pro comuni de Cumis; et in dando banna et aliis pro cartis reddendis et solucionibus recipiendis et, que fierent occasione sui officii, sint firma per comune de Cumis, ut supra legitur.

So auch a. 285 (ib. p. 106) vom gleichen Datum:

quod si quis recusaverit injuste recipere nomen comunis Cumarum, ut dictum est, ex tunc per potestatem Cumarum vel judices comunis Cumarum statuatur, quod alique usure nec ficta nec dampna nec interesse ex tunc currant pro ea quantitate que voluerit (dari) in solutum; et quicquid ipse potestas vel judices comunis de Cumis tunc super hiis statuerit, ratum et firmum habeatur et servetur per comune Cumarum . . .

So ist also das Bürgerliche Gesetzbuch auf den Standpunkt zurückgekehrt, wonach schon der Annahmeverzug den Zinsenlauf hemmt (§ 301).

Der Grund ist leicht ersichtlich: das Hinterlegen ist nicht ohne Schwierigkeit und Umständlichkeit: der Schuldner wird sich schließlich schon dazu bequemen, aber es ist sachwidrig, ihm bis zu diesem Zeitpunkt die Zinsen aufzubürden; die Möglichkeit, daß er von dem Kapital, das er zur Zahlung verwenden würde, anderwärts Zinsen bekommt und so den Zinsgewinn auf beiden Seiten kombinirt, ist gegeben; allein dies ist so problematisch, und außerdem ist der Annahmeverzug für den Schuldner so belästigend, daß es gerechtfertigt ist, wenn die Rechtsordnung von dieser Eventualität absieht.[125])

Uebrigens hat das Bürgerliche Gesetzbuch den Satz nur für verzinsliche Geldschulden, nicht für sonstige Zinsenschulden ausgesprochen: für diese gilt der Grundsatz, daß die Verzinsung erst mit der Hinterlegung des Geschuldeten aufhört, § 301 in Verbindung mit 379. Es läßt sich dafür sagen, daß bei anderen Sachen als Geld, die der Gläubiger

[125]) Analog der Sistirung des Zinsenlaufes ist die Erleichterung des Schuldners in Bezug auf die Leistung der Nutzungen, § 302 B. G.B., die keiner besonderen Ausführung bedarf. Vergl. noch § 379.

nicht annimmt, die Frage, ob richtig angeboten, ob in richtiger tadelsfreier Sorte, oft zweifelhaft sein kann, die Konstatirung Dritter als wünschenswerth erscheint, und eine solche am besten geschieht, wenn die Sache einer (nach Landesgesetzen zulässigen) Hinterlegung unterworfen wird, wo dann die Zinspflicht aufhört, § 379, a. 146. Sehr triftig ist allerdings der Grund nicht; man muß sich im Uebrigen damit trösten, daß Zinsen von Nichtgeldschulden im heutigen Recht zwar möglich, aber doch recht selten sind (vergl. §§ 607, 608 B. G.B.).

Sodann kommt der Annahmeverzug in Betracht bei der Konventionalstrafe und bei der Verfallklausel.

Das Römische Recht verlangt zum Verfall der Konventionalstrafe keinen Verzug des Schuldners; das ist begreiflich: die Entwicklung hat ja bei der Konventionalstrafe als bedingter Stipulation angehoben; höchst wichtig ist es daher, daß von einer Theorie, die mit Servius Sulpicius angehoben hat, der Grundsatz aufgestellt wurde, daß die Konventionalstrafe bei Gläubigerverzug nicht verfalle, daß sie nicht verfalle, quando per debitorem non stetit, quominus solveretur.

Ueber diese Entwicklung ist bereits oben S. 157 gehandelt worden; über fr. 23 de obl. et act. vergl. unten S. 284.

Dieselbe Entwicklung trat bezüglich der dinglichen Verfallklausel ein, wie gleichfalls oben S. 158 nachgewiesen wurde.

Aus späterer Zeit sei noch folgende Stelle erwähnt:

c. 4 de aedif. priv.: si solus aedificaveris nec intra quatuor mensuum tempora . . . . nummus . . . erogatus restitutus fuerit vel, quominus id fieret, per socium id stetisse constiterit, jus dominii pro solido vindicare vel obtinere . . . poteris.

Ebenso fällt nach Deutschem Recht das bedungene Einlager weg, wenn der Schuldner das seinige gethan hat und der Gläubiger im Annahmeverzug ist.[126])

So Sachsenspiegel I 9 § 4: he is von ime ledich des inridenes unde nicht des latenes (was Gegenstand der Leistung ist);[127]) ebenso

---

[126]) Die folgenden drei Stellen erwähnt bereits Stobbe, Deutsches Vertragsrecht S. 196 f.

[127]) Hier heißt es vom Gläubiger: weigeret des jene ane rechte not (er soll nämlich kommen und das Lehen empfangen): dies könnte so aufgefaßt werden, daß eine Weigerung des Gläubigers aus rechter Noth den Schuldner des Einreitens nicht ledig mache, nur eine Weigerung, der eine solche Ent-

Sachsensp. II 11 § 3: hadde he ok jeneme gelovet dar vore in to ridene, he is des inridenes ledich unde nicht des geldes noch der scult, dar he vore inriden salde; so auch zuvor: he ne hevet dar mede sin gelt nicht verloren, den dach hevet he aver dar mede verloren.

So altdithmarscher LandR. von 1447 § 214 (Michelsen, Altdithmarsche Rechtsquellen S. 70): item wan en man borgen utsettet uppe recht unde he bode wat recht were, unde sin borge worde dar baven in den croch gedwungen, so schal de gonne, de ene darin dwinget ene weder utlosen . . . .

Da das bürgerliche Gesetzbuch für Vertragsstrafen Verzug des Schuldners verlangt (§ 339), so gehört dieser Fall fürder nicht mehr hierher, denn bei (fortdauerndem) Annahmeverzug kann ja doch von einem Erfüllungsverzug nicht die Rede sein. Der Annahmeverzug käme nur in Betracht, falls man etwa ein Geding, daß die Konventionalstrafe auch ohne Verzug verfallen sollte, für gültig halten sollte; dies ist aber ebenso wenig anzunehmen als unter dem C. civil (a. 1230): der soziale Gedanke, der solchen Bestimmungen zu Grunde liegt, ist, daß der Schuldner durch die Willkürstrafe nicht mehr beschwert werden darf, als dies gesetzlich erlaubt ist.

Umsomehr kommt dieser Annahmeverzug unter dem bürgerlichen Gesetzbuch bei der Verfallklausel (lex commissoria) in Betracht. Allerdings ist ihre Sphäre sehr beschränkt: sie hat meist nur obligationsrechtliche Rücktritts-, keine dingliche Resolutivwirkung (§ 360):[128]) diese obligationsrechtliche Wirkung ist aber nicht von einem Verzug des Schuldners abhängig gemacht, wie bei der Konventionalstrafe.

Eine dingliche Wirkung ist bei Verkäufen von beweglichen Sachen insofern zulässig, als der Verkäufer sich das Eigenthum und das Recht vorbehält, im Falle der Nichtzahlung vom Kauf zurückzutreten, so daß

schuldigung nicht zur Seite stehe; indeß ist das ane rechte not hier eher zu fassen als sine justa causa: gewiß kann nicht der Sinn sein, daß, wenn der Gläubiger aus persönlicher Verhinderung die Lehnung nicht erwerben kann und in Folge dessen nicht zu der ihm versprochenen Lehnung kommt, der Schuldner einreiten muß.

[128]) Damit hat das B.G.B. den Satz durchgeführt, den bereits § 21 Konf.O. zum Ausdruck gebracht hatte; vergl. hierüber Lehrb. des Konf.R. S. 188 f. Ueber die Unzulässigkeit der lex commissoria beim Pfandvertrag vergl. § 1229 B.G.B.

er die rei vindicatio geltend macht und die exceptio rei venditae mit der replicatio pacti zurückweist, § 455 B. G.B. Allerdings ist es auch hier als Regel anzunehmen, daß der Eigenthumsrückruf nur dann stattfindet, wenn der Käufer im Verzuge ist — allein dies ist nur eine Regel, die Ausnahmen zuläßt.[129])

In allen diesen Fällen aber, wo bei bloßer Nichtzahlung, auch ohne Zahlungsverzug, ein Rücktritt gestattet ist, ist er als ausgeschlossen zu betrachten, wenn sich der Verkäufer im Annahmeverzug befindet, überhaupt, wenn ein Annahmehinderniß auf seiner Seite besteht.

Eine 5. Folge des Annahmeverzugs bezieht sich auf die Zug- um Zuggeschäfte und auf die Pfandlösung: es fragt sich, ob im Falle des Annahmeverzugs die beiderseitigen Verpflichtungen civilistisch auseinandergerissen und die einzelnen Obligationstheile verselbständigt, und ob in gleicher Weise das Pfand aus dem Nexus der Obligation gelöst wird.

Bei zweiseitiger Obligation nun hatte das B. G.B. mit den Fortschritten unseres Prozeßrechts zu rechnen: sofern wir jetzt ein Urtheil auf Erfüllung Zug um Zug und eine Exekution eines solchen Urtheils kennen. Der Schatten, den hier früher der Annahmeverzug in das Civilrecht warf, konnte jetzt in das Prozeßrecht hinein verlegt werden, denn es ist Grundsatz, daß die zusammengehörigen Obligationsverhältnisse auch durch Annahmeverzug erst dann auseinandergerissen werden sollen, wenn ein unwandelbares Bedürfniß besteht.

Daher gilt jetzt der Satz: bei Obligationen auf Zug- um Zugleistungen wird das Band, das Verpflichtung und Gegenverpflichtung verbindet, erst in der Exekutionsinstanz gelöst: der Beklagte wird zur Leistung gegen Gegenleistung verurtheilt; darauf hin findet die Vollstreckung statt, wenn der Kläger seinerseits die Leistung (gegen Gegenleistung) anbietet und sie vom Verurtheilten nicht angenommen wird (§ 274).[130])

Dies reicht allerdings nicht aus, wenn der eine Theil vorleisten soll und der andere diese Vorleistung nicht annimmt. Hier hat das B.G.B. folgendes System: die Gegenleistung gegen Vorleistung wandelt sich durch Annahmeverzug in eine Gegenleistung gegen Zug- um Zugleistung um; der Gläubiger, der seinerseits vorzuleisten hat, erhebt jetzt, ohne

[129]) Dazu kommt das Gesetz über Abzahlungsgeschäfte, auf das wir uns hier nicht einlassen können.

[130]) Vergl. Gesammelte Beiträge zum Civilprozeß S. 481 f.

vorgeleistet zu haben, die Klage auf Gegenleistung, und der Schuldner wird zur Gegenleistung gegen Annahme der Vorleistung verurtheilt, § 322 B.G.B. Diese Umwandlung tritt ein, ohne daß der zur Vorleistung Verpflichtete sich eines Erfüllungssurrogats zu bedienen braucht.

Das Pfand aber wird nicht schon durch Annahmeverzug frei (bezw. dem Eigenthümer erworben), sondern erst durch Erlöschen der Forderung, also durch Befriedigung derselben, welche durch Hinterlegung geschehen kann (S. 234), §§ 1163, 1164, 1142, 1223, 1252. Wohl aber kann unter Umständen eine Entschädigungshaftung begründet sein: so wenn der Pfandgläubiger die Annahme absichtlich verweigert in der Erwartung, daß es nicht zur Lösung der Verbindlichkeit kommen werde, z. B. ein Dritter hat die Zahlung angeboten, der Gläubiger hat die Annahme verweigert, der Dritte deponirt nicht, der Schuldner hat nicht die Mittel zu deponiren; hier wäre natürlich nicht die Nichtannahme ein Dolus, wohl aber die ganze Machenschaft, von der die Nichtannahme nur ein Element ist.[131])

Eine 6. Folge endlich ist die Verpflichtung zur Zahlung der seit dem Annahmeverzug dem Schuldner erwachsenen Kosten und der auf die Sache gemachten Aufwendungen. Auch hier hat das bürgerliche Gesetzbuch § 304 das richtige Prinzip angenommen: die Aufwendungen sind als Aufwendungen eines im Interesse des Geschäftsherrn handelnden Geschäftsführers zu behandeln, (§§ 683 cf. 670, 970, vergl. auch 693).[132]) Die Verschiedenheit der Ausdrucksweise:

[131]) Es ist schon vorgekommen, daß hier der Pfandgläubiger den Dritten vor der Deposition gewarnt hat, nur um sich die Versteigerung des Pfandes nicht entgehen zu lassen, mit den Vortheilen, die er daraus zu ziehen hoffte.

[132]) Abhandl. S. 376 f. Unzutreffende Einwände gegen die Anwendung des Gestionsprinzips bei Schey S. 130 f.: die negotiorum gestio setze freiwillige Uebernahme voraus, eine schon vom Standpunkt des Römischen Rechts irrige Behauptung (hiergegen Menschenhülfe im Privatrecht in Jahrb. f. Dogmatik, XXV S. 76 f.), doppelt unrichtig vom Standpunkt des heutigen Rechts; sodann könne der aufwendende Schuldner ins Gedränge kommen, wenn der Gläubiger, ohne auf sein Recht zu verzichten, erkläre, daß er auf die Sache keinen großen Werth lege — — allein der Schuldner kann billig verlangen, als ein im Interesse des Gläubigers Handelnder betrachtet zu werden, solange nicht der Gläubiger auf die Erfüllung verzichtet oder mindestens erklärt, daß er auch ohne die Aufwendungen die verschlechterte Sache als Erfüllung annehmen wolle; aber auch im letzteren Falle ist zu berücksichtigen, daß die



„die er . . . für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschilderten Gegenstandes machen mußte“ im Gegensatz zu: „die er den Umständen nach für erforderlich halten darf“ kommt nicht in Betracht; da sie durch den Satzbau in § 304 veranlaßt ist (weil auch die Kosten des erfolglosen Angebotes mit hineingenommen sind).

Zu diesen Auslagen gehören natürlich insbesondere auch die Kosten der Erfüllungssurrogate, §§ 381, 386: sie gehören hierher, sofern und soweit die Surrogatmaßnahmen Surrogatmaßnahmen bleiben; denn wenn die Hinterlegung zurückgenommen wird, so hat sie zwar Zahlungsfunktionen erfüllt, sie erfüllt sie aber nicht mehr für die Zukunft: sie wirkt daher zwar immer noch fort, sofern der Hinterleger für die Zeit der Hinterlegung von Verzinsung freibleibt (S. 216), sie wirkt aber nicht mehr fort, sofern sie als Gestionsakt dient: denn ihr wird der Charakter des Gestionsaktes nachträglich entzogen, wie wenn etwa Jemand zur Aufsuchung einer verlorenen Expedition Geld aufgewendet, diese Aufwendungen dann aber nicht für die Nachforschung, sondern für andere Zwecke gebraucht hätte.

Auch in der übrigen Gestaltung des Aufwendungsrechts hat das Bürgerliche Gesetzbuch den von mir (Auff. S. 377 f.) aufgestellten Postulaten entsprochen. Die Aufwendungen sind Gestionsaufwendungen, mithin kann sich der Gläubiger nicht durch Heimschlagung der Sache von den vergangenen Aufwendungen (er kann sich dadurch nur von den künftigen Aufwendungen) befreien; er haftet, auch wenn die Sache untergeht; der Schuldner hat ein Klagerecht wie ein Einwendungs-(Rentention-)recht (§ 273). Anders wenn Jemand nicht für einen Andern, sondern für sich (in der Meinung Eigenthümer zu sein bezw. in der Meinung eigenen Interesses) Aufwendungen gemacht hat: dieser hat zwar ebenfalls nicht nur ein Rententions-, sondern auch ein Klagerecht (§ 1000 f.); letzteres ist aber beschränkt: es gilt nicht, wenn die Sache untergeht, es gilt nicht, wenn der Eigenthümer die Sache recht

Rechtsordnung es nicht dulden kann, daß etwa Thiere, die geliefert werden sollen, verhungern, oder sonst in Qual dahinsiechen (Thiere im Recht, Gerichtssaal Bd. 47 S. 57 f.). Ob die Gestionsansprüche des Schuldners im Röm. Recht durch Vertragsklage geltend gemacht werden konnten (Hirsch S. 143 f.), kommt für die Lösung der Frage, wieweit diese Ansprüche reichen und wann sie erwachsen, nicht in Betracht.

zeitig heimschlägt, es besteht nur unter Zeitschranken (falls nicht eine Genehmigung durch den Eigenthümer erfolgt ist), § 1002.[133])

5. Quelleninterpretationen.

§ 19.

a)

Eine große Rolle hat der Ausspruch des Pomponius in fr. 9 de act. emt. vend. gespielt (aus dem XX. Buch ad Sabinum).

Die Stelle lautet:

Si is, qui lapides ex fundo emerit, tollere eos nolit, ex vendito agi cum eo potest, ut eos tollat.

Ich habe mit Anderen die Stelle von einem Falle verstanden, wo die Abnahme der Steine zugleich als Leistung des Käufers gedacht ist. Man hat diese Auslegung für willkürlich erklärt.[134])

Allein man betrachte doch die Stelle. Jemand hat dem A Steine aus seinem Grundstück verkauft. Das Grundstück ist nicht als Steinbruch gedacht, sonst würde lapidicina stehen, oder es wäre nicht von einem lapides tollere, sondern lapides caedere die Rede, wie in fr. 9 § 2 de usufr., fr. 8 pr. solut. matr., fr. 18 pr. de fundo dot. Es ist also ein sonstiges unschuldiges Grundstück, das eben Steine auf und in sich hat. Nun könnte man immerhin denken, es handle sich um einen auf dem Grundstück liegenden Steinhaufen, z. B. um eine Lage Quadersteine; aber warum das ex fundo? Blos um zu sagen, daß die Steine nicht in der Luft hängen, setzt dies der Jurist nicht hin; auch heißt es nicht a, sondern ex fundo. Der Fall kann also nicht anders sein, als: es sind Steine im Boden, welche der

[133]) Der Finder wird vom Gesetzbuch nicht als Gestor behandelt: nach dem System des Gesetzbuchs mit Recht: er ist Eigenthumsanwärter und handelt daher insofern aus eigenem Interesse, §§ 970—972 cf. 973, 1001 B. G.B. Indessen kann dies nur gelten, wenn der Finder blos als Finder in Rücksicht kommt, nicht wenn die speziellen Umstände so vorliegen, daß er als ein für einen Dritten handelnder Gestor zu betrachten ist, z. B. es findet Jemand den Hund seines Freundes oder eines Dritten, von dem er weiß, daß diesem sehr viel daran liegt, und macht Aufwendungen: diese kann er auch ersetzt verlangen, wenn der Hund stirbt. Vergl. Menschenhülfe im PrivatR. (Jahrb. f. Dogmat. XXV) S. 57 f.

[134]) Vergl. neuerdings auch Hirsch S. 188 f., Oertmann, Arch. f. civ. Pr. Bd. 85 S. 225.

Käufer herausholen und an sich nehmen soll. Ist nun ein solcher Vertrag im Leben anders zu verstehen, als daß ich das Grundstück entsteint haben will und der andere die Steine bekommen soll? Fürwahr, Steine im Boden sind keine Brillanten, keine Erträgnisse; man verkauft sie, weil man sie fort haben will, wobei man möglicherweise dem Käufer noch etwas darauf zahlt. Es liegt also in der That eigentlich ein Kaufvertrag auf der einen und ein Werkvertrag auf der anderen Seite vor, wobei sich Kaufpreis und Werkpreis gegenseitig äquivaliren können.

Die römischen Juristen aber zogen beides in einen Vertrag zusammen; es war eine ähnliche Zusammenfassung wie in fr. 79 de contr. emt. und in fr. 6 § 1 de act. emt. vend. Solches war allerdings nicht von jeher anerkannt; man diskutirte z. B. den Fall, wenn ich das eine Grundstück verkaufe und den Kaufpreis heruntersetze, damit der Käufer die Pacht im anderen Grundstück vortheilhaft annimmt oder fortsetzt: hier waren Trebaz und Labeo gegen die actio venditi; in der That sind zwei verschiedene Verträge gegeben, mit gegenseitiger Preiskompensation. Aber die römischen Juristen gingen über diese Auffassung hinaus: schon zur Zeit Javolens war sie überwunden.

Der Grund, den die römischen Juristen zur Zusammenfassung hatten, war offensichtlich: beide Verträge, wenn auch verschiedener Art, bilden nach der Intention der Parteien ein unverbrüchliches Ganze: dies verlangt die Zusammenfassung zu einem Vertrag,[135]) und zwar gilt in solchem Falle die Spezies des vorwiegenden Vertrags als die maßgebende, mithin hier der Kauf. Schon Javolen sagt: eo jure utimur.

Kein Wunder, daß Pomponius diese Zusammenfassung im 9. Buch zum Sabinus als vollendete Thatsache annimmt (fr. 6 § 1 de act. emti vend.): vendidi tibi insulam certa pecunia et ut aliam insulam meam reficeres: der Käufer hat Geld zu zahlen und ein anderes (im Vermögen des Verkäufers verbleibendes) Grundstück zu restauriren: beides wird in einen Vertrag zusammengenommen; der Kaufpreis des Gebäudes wäre etwa 1000, das Honorar der refectio

[135]) Treffend sagt bereits Retes in Meerman VI p. 162 zu fr. 79 de contr. emt.: hoc in casu coalescit cum ipsa venditione fundi pactum illi adjectum, nec sunt duo negotia: emptio et conductio, sed unum idemque, scilicet sola emptio.

300, so ist das Resultat, daß der Käufer 700 zahlt und die refectio vornimmt. Wurde allerdings der Kaufpreis durch dieses Refektionshonorar ganz aufgezehrt, so daß also der Vertrag so lautete: A giebt das Haus, B leistet dafür die refectio, da zweifelten die Juristen und nach Neratius verneinte man hier das Kaufgeschäft[136]) — offenbar deshalb, weil hier das Kaufgeschäft nicht als das überwiegende gelten konnte.

Den gleichen Gedanken verfolgt fr. 6 § 2 eod.: ich verkaufe das Grundstück mit dem Geding, daß der Käufer das Grundstück überbaue und mir die Hälfte des nunmehr überbauten Grundstücks zurückübertrage. Hier liegen zwei Geschäfte vor: Verkauf des blanken vollen Grundstücks, Rückkauf eines halben überbauten Grundstücks. Nun wurde aber jeweils Kauf und Wiederkauf desselben Grundstücks als ein Vertrag betrachtet, sowohl im Falle des eigentlichen Wiederkaufs, als auch in dem Falle, wenn der Wiederkaufvertrag dem Verkäufer das einseitige Rücklösungsrecht giebt, c. 2 de pactis inter empt. et vend.: actio praescriptis verbis vel ex vendito (Alexander Severus);[137]) darum wurde der Kauf und Wiederkauf auch dann als ein Geschäft aufgefaßt, wenn die verkaufte Sache durch den Ueberbau eine Veränderung erfahren sollte; denn in der That war es das nämliche Grundstück. Sofern also Kauf und Wiederkauf sich auf das ganze oder einen Theil des Grundstücks bezog, lag ein Geschäft vor: dies will der Jurist mit der Motivirung besagen: quamdiu aliquid ex re vendita apud te superesset, ex vendito me habere actionem constat. Wäre also etwa bedungen, daß der Käufer das ganze Grundstück und noch dazu ein zweites hergeben solle, so würde dies über den Begriff des einen Geschäfts hinausgehen; denn der Verkauf wäre nicht mehr das prävalirende.

Natürlich ist auch hier vorausgesetzt, daß die area um einen Preis übertragen wird: daher aream tibi vendidi certo pretio; würde der Vertrag blos so lauten: A übergiebt das Grundstück preislos,

[136]) So in der That Neratius, lib. 1 resp. (fr. 6 praescr. verb.): insulam hoc modo, ut aliam insulam reficeres, vendidi; respondit, nullam esse venditionem, sed civili intentione incerti agendum (est).

[137]) Anders noch Proculus, fr. 12 praescr. verb., der nur eine in factum actio gab. Analog giebt schon Sabinus (?) im umgekehrten Falle eine actio ex empto, fr. 6 de resc. vend. (Paulus).

jedoch mit dem Geding, daß B darauf Häuser baut und die Hälfte des überbauten Terrains an A zurückgiebt, so hätte dies der Jurist nicht als Kauf behandelt, weil dann eine pretium mangelte und auch die Annahme eines beiderseitig kompensirten Kaufpreises nicht helfen konnte, da es an der Prävalenz des einen Geschäfts über das andere fehlte. In der That ist dies der Fall, den Julian, etwas später als Pomponius, im 11. Buch seiner Digesten (fr. 13 § 1 praescr. verb.) entscheidet: si tibi areae meae dominium dedero, ut insula aedificata partem mihi reddas, neque emptionem esse, quia pretii loco partem rei meae recipio; weshalb eine actio in factum (praescr. verb.) gegeben wird; also ähnlich wie vorhin im Falle des Neratius.

Dabei gilt noch folgendes: der Rückkauf des Grundstücks als eines überbauten, enthält indirekt die Verpflichtung zu überbauen: das ut aedificatam tradas enthält zugleich das ut aedifices; es ist dies jene Spezies von Kaufvertrag, die an den Werkvertrag grenzt[138]) und gewisse Bestimmungen des Werkvertrags in sich aufnimmt, insbesondere die Verpflichtung, das Werk, das den Gegenstand des Kaufvertrags bildet, herzustellen: wie ich dies bereits vor über 20 Jahren dargethan habe[139]) und wie es nunmehr auch im Bürgerlichen Gesetzbuch § 651 anerkannt worden ist.

Mithin geht auch hier wenigstens indirekt die actio venditi auf ein Thun, auf das aedificare: ut aedifices agere me posse ex vendito.

Daher ist es begreiflich, daß auch Pomponius im 20. Buche ad Sabinum die Zusammenfassung vollzieht, wobei es gewiß ein die Sacherzählung schwülstig überladendes Superfluum gewesen wäre, wenn er noch ausdrücklich von einer vendere lapides ita ut tolleret, gesprochen hätte. Der Fall ist der: das Grundstück soll entsteint werden; die im tollere liegende Arbeit wird damit bezahlt, daß ein geringerer Kaufpreis bedungen wird. Allerdings muß man im Sinne des Pomponius annehmen, daß jedenfalls neben der Verpflichtung des tollere noch die Pflicht zur Zahlung eines, wenn auch nur geringen Preises nebenherging; denn sonst hätte er an der actio venditi

[138]) Es war nicht Werkvertrag: der emptor sollte ja auf dem ihm zu eigen gewordenen Grundstück bauen und dann die Hälfte übertragen.

[139]) Dinglicher Vertrag, auch in den Gesammelten Abhandlungen S. 31 f.

ebenso gezweifelt, wie im Falle der fr. 6 § 1 eod.: die Prävalenz der Klagespezies Kauf wäre dann in Frage gestellt worden.

Die Auslegung des fr. 9 de act. emti vend. ist daher keine willkürliche; sie ergiebt sich unzweideutig aus den zur Charakteristik der Species facti vom Juristen gegebenen Daten; eine Behandlung des Corpus juris aber, welche von diesen Daten abstrahirt und die kasuistischen Erörterungen der Römer nicht als solche auffaßt, welche im Gegentheil Aussprüche aus dem Zusammenhange der Species facti herausreißt, ist eine postglossatorische und erfüllt nicht das Ideal der Auslegung, das wir uns seit Cujaz gesetzt haben.

Verglichen kann noch werden das fr. 34 de dolo malo: hier heißt es: saxum ejicere. Der Fall ist auch hier so: ich darf Steine aus dem Grundstück nehmen; allein es handelt sich nicht um einen Kauf, sondern um eine schenkweise Licenz, welche mangels der Form nur soweit wirkt, als sie durch Tradition (Abnahme der Steine) verwirklicht wird; darum die Entscheidung: nulla alia quam de dolo malo actio locum habebit. Insofern ist der Fall von dem unsrigen wesentlich verschieden. Doch mag die Stelle des Wortlauts wegen in Parallele gesetzt werden.

§ 20.

b)

Wenig berücksichtigt wurde bisher das fr. 8 § 5 de pecul. legat.:

His consequenter quaeritur, si servus cum domino de libertate pactus fuerit et partem pecuniae dederit et ante quam residuum dederit dominus decesserit liberumque esse testamento jusserit cum peculio legato, an, quod domino dederit, in peculio sit imputandum. Et ait Labeo, de peculio decedere. Plane, si nondum dederat, sed, donec totum traderet, pro deposito apud eum fuerit, id in peculio esse placuit.

Der Fall verhält sich so: der Sklave hat mit dem Herrn einen Loskaufvertrag abgeschlossen; ein solcher Vertrag wird dahin verstanden, daß der Sklave mit Pekuliargeld zahlen darf. Einen Rechtsanspruch auf Freilassung erlangte der Sklave nicht, auch nicht im Amtsverfahren; weder die epistola der Divi Fratres noch die constitutio Marci fand ihre Anwendung.[140]) Doch pflegte man allmählich auf Reklamation

[140]) Ueber diese Verhältnisse vergl. die erste Studie (Arch. f. b. Recht XII) S. 43 f.

des Sklaven gegen den Herrn einen gelinden, wenn auch mehr hortativen Zwang auszuüben; so wenigstens zur Zeit Diocletians, c. 8 de lib. causa, c. 9 de cond. ob caus. dat.

Dies kommt nicht weiter in Betracht; fraglich ist aber, ob durch das im pactum liegende Geldversprechen eine Naturalschuld des Sklaven an den Herrn begründet wird, welche Naturalschuld sich natürlich bei der actio de peculio (durch das Abzugsrecht des Herrn) kundgiebt und ebenso beim peculium legatum, dem Fall, von dem hier die Rede ist.

Gerade beim peculium legatum gilt ja der Grundsatz, daß das peculium sich um solche Naturalschulden verringert, was die Römer (beim Vindikationslegat) zu der eigenthümlichen Konsequenz geführt hat, daß man dem Freigelassenen von den ihm solcherweise zugewendeten Pekuliarsachen eine entsprechende Quote abzog, fr. 6 pr. de pec. leg., jedoch mit der Möglichkeit, durch Zahlung der Pekuliarschuld diese Quote auszulösen, fr. 22 pr. eod.

Darnach wäre hier die Frage, ob das peculium nicht durch eine solche aus dem Freiheitsvertrag entspringende Schuld gemindert wird.

Dies wird in fr. 8 § 5 cit. indirekt verneint, denn es wird nur abgezogen, quod domino dederit. Der Grund liegt nicht darin, daß das Versprechen nur ein formloses pactum ist, denn in der That entsteht aus dem formlosen pactum libertatis eine solche Naturalschuld;[141]) allein ein solches pactum verpflichtet erst mit der Freilassung, denn es gilt als Versprechen unter der Bedingung der Freilassung, wie dies aus fr. 104 verb. obl. hervorgeht: non quaeritur, a quo manumittatur, sed ut manumittatur, namentlich aber aus fr. 11 § 1 de pecul.: si pro libertate quid domino expromisit, quasi debitor domino sit effectus, sed ita demum, si manumisso eo agatur (natürlich de peculio cum domino).

Mithin begründet dieses pactum keine zum Abzug vom peculium berechtigende Naturalschuld, das peculium kann nur vermindert werden durch wirkliche Absonderung: durch diese Absonderung aber wird das peculium gemindert, und von diesem Satze macht Papinian in fr. 19 § 2 de pec. leg. eine besonders feine, bis jetzt viel zu wenig civilistisch verwerthete Anwendung: eine ungültige Freilassung eines

[141]) Unbegründete Zweifel bei Mandry, Familiengüterrecht I S. 377 f.

Pekuliarsklaven durch den Haussohn wirkt nicht freigebend (denn diese liegt nicht im Pekuliarrecht);[142]) aber sie wirkt in der Art, daß der Sklave vom peculium gelöst wird, so daß er in dem peculium legatum nicht mehr inbegriffen ist, wie sich Papinian vortrefflich ausdrückt: servus communis omnium heredum est, exemptus peculio propter filii destinationem, quia id peculium ad legatarium pertinet, quod in ea causa moriente patre inveniatur.[143])

Von dieser Loslösung und der entsprechenden Minderung des peculium sprechen die Quellen gerade in unserer Lehre, so insbesondere auch Ulpian in fr. 8 § 3 eod.: decem, quae dedisset heredi . . . hoc minus esse in peculio legato, fr. 8 § 4 eod.: si statuliber servum heredi vendiderit (sc. et tradiderit), perinde desinere eum in peculio esse, atque si extraneo vendidisset.

Daher kann das peculium nur gemindert werden, wenn und inwieweit der Sklave dem Herrn die Summe bezahlt hat, und damit nähern wir uns dem vorliegenden Fall: ist eine Theilzahlung erfolgt, so geht das Gezahlte vom peculium ab: partem pecuniae dederit . . . an quod domino dederit, in peculio sit imputandum, et ait Labeo, de peculio decedere.

Dies setzt aber voraus, daß eine wirkliche Hingabe der Summe an den Herrn erfolgt ist und er sie in diesem Sinne angenommen hat; daher nicht,

1. wenn der Herr das Geld erst einstweilen als Sklavengeld bei Seite gelegt oder dem Sklaven auf sein Konto in Rechnung gestellt, um es dann, wenn die nöthige Ergänzung folgen werde, für sich zu vereinnahmen; dies ist der Fall, den Alfenus Varus (lib. 4. Dig.) in fr. 6 de manum. behandelt: si eam pecuniam dominus, posteaquam accepisset, in suae pecuniae rationem habuisset, statim desisse ejus peculii esse; sed si interea, dum eum manumitteret, acceptum servo retulisset, videri peculii fuisse; daher noch weniger.

---

[142]) Die Freilassung ist nur mit Genehmigung des Hausvaters statthaft, fr. 13 de jure patron., fr. 4 pr. de manum. vind., fr. 15 § 1 qui et a quib. manum.

[143]) Einer der Fälle, wo die ungültige Freilassung wenigstens eine negative Wirkung, die Wirkung der Rechtsentziehung hat, vergl. Gesammelte Abhandlungen S. 197.

2. wenn der Sklave die Theilsumme nicht dem Herrn gegeben, sondern in der Erwartung, daß das übrige hinzukommt, bei Seite gelegt und so bei sich verwahrt hat; und von diesem Fall spricht fr. 8 § 5 cit.:

plane si nondum dederat, sed, donec totum traderet, pro deposito apud eum[144]) fuerit, id in peculio esse placuit.

Damit ist ein sicheres Beispiel der Bedeutung von deponere = seponere gegeben.

Fraglich könnte es nur sein, ob, da der Sklave vom Erblasser bedingungslos testamentarisch freigelassen wird, nicht die dem Herrn gegebene Theilsumme als indebitum zurückzuerstatten sei, so daß sich das peculium um diesen Betrag mehrt. Davon ist aber keine Rede; aus verschiedenen Gründen; denn der Herr kann bei der Freilassung sehr wohl diese Theilzahlung berücksichtigen und diese mit als Motiv betrachten, um die Verfügung zu treffen oder sie doch aufrecht zu erhalten; sodann ist ein Anspruch auf Rückgabe nicht gegeben, denn aus dem Verkehr zwischen dem Sklaven und dem Herrn wird das peculium des Sklaven nur berechtigt, sofern es sich um Geschäfte handelt, die sich in der Sphäre der Pekuliarverwaltung halten,[145]) was hier nicht vorliegt;[146]) würde man aber selbst eine solche Rückforderung annehmen, so wäre trotzdem das peculium legatum hierdurch nicht vermehrt, denn eine solche Vermehrung des peculium durch Naturalansprüche an den Herrn konnte zwar in anderer Weise in Betracht kommen — insbesondere auch wenn es sich um die Lösung des statuliber handelte, da dieser die Lösungssumme ex peculio nehmen, mithin verlangen konnte, daß der Erbe die Naturalschuld an das peculium zahlte, damit daraus die Lösungssumme geschöpft werde, fr. 3 § 2 de statul. — aber sie kam nicht insofern in Betracht, daß der cum peculio legato freigelassene Sklave vom Erben diese Vermehrung verlangen konnte; die Römer nahmen es als den Willen des Testators an, es solle der Sklave das peculium haben, jedoch ohne die ihm gegen den Herrn zustehenden Naturalforderungen: eine sehr plausible Auslegung, da man den Willen unterstellen konnte: der Sklave soll behalten, was er

---

[144]) Der is kann nach Konstruktion und Zusammenhang nur der Sklave, nicht der Herr sein.

[145]) Mandry, Familiengüterrecht I S. 159 f.

[146]) Vergl. erste Studie (Archiv f. bürgerl. R. XII) S. 68.

hat, nicht mehr hinzubekommen. Diese Auslegung war nicht von jeher die herrschende, sie wurde aber durchgeführt seit einem Reskript von Sever und Caracalla, das uns von Ulpian fr. 6 § 4 de pec. leg. erhalten ist: cum peculium servo legatur, non etiam id conceditur, ut petitionem habeat pecuniae, quam se in rationem domini impendisse dicit.

Daher behält es bei dem Gezahlten sein Bewenden; um so wichtiger war es daher, zu unterscheiden, was gezahlt, was nur in deposito gelegt oder, was vom Herrn als Sklavengeld einstweilen (bis zur Vollzahlung) auf dessen Konto geschrieben war. Daher unsere Entscheidung; daher fr. 6 de manum.

§ 21.

c)

Das fr. 23 de obl. et act. hat bereits von Cujaz in seinen meisterhaften tractatus ad Africanum eine sehr durchdachte und trotz mancher theoretischen Irrthümer im allgemeinen richtige Auslegung gefunden. Doch läßt sich der Stelle noch manches abgewinnen. Indem ich im übrigen auf den tractatus VII von Cujaz verweise, bemerke ich folgendes:

Die Stelle lautet:

Trajecticiae pecuniae nomine, si ad diem soluta non esset, poena, uti adsolet, ob operas ejus qui eam pecuniam peteret in stipulationem erat deducta; is qui eam pecuniam petebat parte exacta petere desierat, deinde interposito tempore interpellare instituerat. Consultus respondit, ejus quoque temporis, quo interpellatus non esset, poenam peti posse; amplius, etiamsi omnino interpellatus non esset; nec aliter non committi stipulationem, quam si per debitorem non stetisset, quominus solveret; alioquin dicendum, et si is, qui interpellare coepisset, valetudine impeditus interpellare desisset, poenam non committi. De illo sane potest dubitari, si (interpellatus ipse) moram fecerit, an, quamvis pecuniam postea offerat, nihilominus poena committatur; et hoc rectius dicitur. Nam et si arbiter ex compromisso pecuniam certo die dare jusserit neque per eum qui dare jussus sit, steterit, non committi poenam respondit: adeo ut et illud Servius rectissime existimaverit, si quando dies, qua pecunia daretur, sententia ar-

bitri conprehensa non esset, modicum spatium datum videri. Hoc idem dicendum et cum quid ea lege venierit, ut, nisi ad diem pretium solutum fuerit, inempta res fiat.

Es ist hier die Rede von einer Konventionalstrafe beim foenus nauticum; in der That war dies einer der Hauptfälle, wo der römische Verkehr eine Vertragsstrafe zu bestimmen pflegte; ein zweiter Fall war die poena compromissa beim Schiedsspruch.

Die poena bezog sich aber auf folgendes: wie nach griechischem Brauch, so begleitete auch im römischen Seeverkehr ein Sklave des Darleihers das Schiff, um die Operationen des Schiffsführers zu kontroliren und einem Versicherungsbetruge vorzubeugen: das war der κερμακολουθος, den die Römer einfach von den Griechen übernahmen.[147]) Der Sklave wurde während der Fahrt auf Kosten des Schiffers geazt und verpflegt; war aber das Schiff angelangt, so strich er die Darlehnssumme sammt den Seezinsen ein;[148]) verzögerte sich die Zahlung, so war der Sklave in der Fremde und dem Herrn entzogen, und dies war dem Darlehnsgeber zum Verlust; man pflegte sich darum eine Strafsumme auszubedingen, die von Tag zu Tag verfiel und angeblich ein Aequivalent bilden sollte für die Entziehung des Sklaven,[149]) eine Strafsumme, die nach Papinian's Mittheilung den Betrag der centesimae usurae nicht übersteigen durfte, fr. 4 § 1 de naut. foen.[150])

Es war also eine Ueberwachung der Schiffsoperationen, wie sie sich auch im Consolato, hier aber in der Art vollzog, daß die ihre Waaren begleitenden Ladungsinteressenten das Geld vorstreckten.[151])

---

[147]) Vergl. z. B. Pardessus, collection I p. 71 f.

[148]) Ueber die sehr beschränkten Befugnisse des Sklaven vergl. fr. 122 § 1 (Callimachus) de verb. oblig. Er war im Zweifel nicht berechtigt, einer Aenderung des verabredeten Planes der Seereise zuzustimmen; doch konnte verschiedenes seinem arbitrium überlassen werden.

[149]) Angebliches Aequivalent, meist wohl eine starke Strafe und ein starkes Kompelle zu baldiger Zahlung.

[150]) Ad finem centesimae non ultra duplum — also das Strafaugment darf die Höhe des Kapitals nicht übersteigen (ein Fall, der hier ebenso wohl vorkommen konnte als sonst). Ganz unmöglich ist die Erklärung Iherings, Jahrb. XIX S. 14 f., daß hiermit 2 × 12, also 24 % gemeint wären. Papinian drückt sich konzis aus, aber auch präzis und nicht unklar. Richtig ist ja, daß das Strafaugment zu den legitimae usurae hinzutritt.

[151]) Pardessus, Collect. II p. 109 f. (Consolato a. 61, 62).

Von einer solchen gebräuchlichen Strafsumme ob operas servi ist hier die Rede, ebenso wie in fr. 12 de neg. gest., wo mit Rücksicht auf die von Tag zu Tag verfallende Summe gesagt ist: ne poena trajecticiae pecuniae augeretur.[152])

Die Fragen, die bei African behandelt werden, sind nun im wesentlichen folgende:

1. Verfällt die Strafsumme erst nach Interpellation oder ohne dieselbe? Der Jurist erklärt: auch ohne Interpellation; darum ist es gleichgültig, ob eine Interpellation stattfindet, oder wenn sie stattfindet, ob sie fortgesetzt oder aufgegeben wird und aus welchen Gründen; nur im Fall des Gläubigerverzugs verfällt die Strafe nicht.

2. Wenn die Strafsumme verfallen ist, aber nachträglich der Schuldner das Geld anbietet, so fragt es sich, ob die Folge der Nichtzahlung hiermit weggeweht, d. h. die verfallene Strafsumme aufgehoben wird. Dies verneint African, ebenso wie es Celsus in fr. 23 pr. de recept. qui arbitr. (Citat Ulpians) verneint: allerdings kann die vorbehaltlose Annahme des Kapitals einen Verzicht auf die Strafsumme involviren: so Celsus l. c.: sin autem oblatum accepit, poenam petere non potest doli exceptione removendus; allein dann ist es der Verzicht, nicht das nachträgliche Angebot, was die Pön tilgt.

Ein solcher Verzicht kann natürlich auch dann vorliegen, wenn vor Eintritt des Termins der Gläubiger in eine Terminverschiebung einwilligt; und hier kommt die interessante Proculusentscheidung in fr. 113 pr. de verb. obl. in Betracht, über welche ich mich in anderem Zusammenhange bereits früher verbreitet habe.[153]) Ist ein Bau bestellt mit einer Konventionalstrafe, falls er am 1. Juni nicht fertig ist, und der Bauherr erstreckt den Termin auf den 1. August, so kann darin eine Erstreckung der Pönalhaftung liegen oder doch (da eine solche Erstreckung in Rom bei der Formalnatur des Vertrags ihre Schwierigkeit hatte) ein Verzicht auf die am 1. Juni verfallene Strafsumme. Ein solcher Verzicht liegt aber, wie Proculus richtig ent-

[152]) Verfehlt ist der Aenderungsvorschlag Mommsens: statt poena zu lesen foenus; es handelt sich ja doch um den Zinsenlauf nach Fälligkeit des Darlehns, also nachdem die Gefahr überstanden ist; hier aber sind die Zinsen die gewöhnlichen (fr. 4 de naut. foen.) und nur durch die poena entsteht ein durch den individuellen Fall veranlaßter außerordentlicher Schaden, welcher eine justa causa für die vormundschaftliche Maßregel bildet.

[153]) Archiv f. civ. Prax. Bd. 84 S. 30. Vergl. auch oben S. 157, 197.

scheidet, dann nicht vor, wenn es schon zur Zeit der Fristerstreckung sicher war, daß der Bau nicht fertig werden konnte; denn dann hat die Fristerstreckung nur die Bedeutung: der Bau soll jedenfalls am 1. August fertig werden: was aber dem Bauherrn darob gebührt, daß der Bau am 1. Juni nicht fertig wurde, bleibt ihm gewahrt: in der Erstreckung liegt durchaus kein genügender Grund, anzunehmen, daß er auf seine Rechte aus der Vergangenheit verzichten wollte; anders wäre es gewesen, wenn der Bau hätte fertig werden können und der Bauherr durch seine Fristerstreckung selbst die leitende Ursache dafür war, daß der Bau nicht am 1. Juni vollendet da stand.

Eine weitere hier in Betracht kommende Stelle ist fr. 122 § 2 (§ Flavius) de verb. oblig.: A (Flavius) hat dem B (Claudius) den Sklaven mit der Auflage, ihn freizulassen, geschenkt und für den Nichtfreilassungsfall sich eine Strafsumme ausbedungen.[154]) Der Jurist sagt: an si Flavii Hermetis heres a Claudii herede poenam supra scriptam petere voluerit, Claudii heres libertatem Sticho praestare possit, ut poena liberetur. Dies wird von dem Juristen bejaht. Der Grund der Bejahung liegt aber darin, daß für die Freilassung und für den Strafverfall ein bestimmter Termin nicht angesetzt war; es mußte daher gelten, was Servius in unserem fr. 23 obl. et act. sagt: si quando dies, qua pecunia daretur, sententia arbitri comprehensa non esset, modicum spatium datum videri. Dies mußte noch besonders von der Freilassung gelten in der Form, die das römische Recht zu jener Zeit als die normale betrachtete (vindicta), weil sie der magistratlichen Mitwirkung bedurfte.

Von Interesse ist ferner das fr. 17 de const. pecun. Hier wurde in milder Interpretation der Ediktsworte eine gewisse Nachholung zugelassen: es wurde zugelassen, daß der Schuldner befreit werden konnte, wenn er den ursprünglichen Schuldgegenstand nachträglich zu leisten bereit war, nachdem er sich in Verzug befunden hatte. Allein die constituta pecunia ist von der poena compromissa wohl zu unterscheiden; sie verfolgt nicht die poena, sondern die rei persecutio, wenn auch per aequivalens (fr. 18 § 2 de pec. const.).[155])

---

[154]) Ueber die Stelle nach anderer Richtung vergl. Studie I (Archiv f. b. R. XII) S. 46 Note.

[155]) Das Konstitut ist eine Zusicherung, welche allerdings das Zahlungsobjekt näher bestimmen oder modifiziren, und insbesondere an Stelle der Sache

Noch weniger widerspricht das fr. 135 § 2 de verb. obl.: es ist vereinbart, daß vor dem 1. April der Preis bezahlt und die vom Mandatar gekauften Sachen übergeben werden sollen; der Preis ist zum größten Theil vor dem 1. April bezahlt worden, der Rest wird bald darauf angeboten, aber nicht angenommen und die Mandatarin verweigert die Sachübergabe. Das Geschäft ist kein Fixgeschäft; die Käuferin wird daher für verpflichtet erklärt, gemäß der Mandatsstipulation die Sache zu übergeben, aber unter zwei Voraussetzungen, daß nämlich der Verzug ein geringfügiger war und daß non mulieris quicquam propter eam moram interesset; andernfalls wird die Weigerung der Mandatarin für gerechtfertigt erklärt. — Soweit das fr. 23 de obl. et act.

Nur eines ist noch bezüglich des Baues der Stelle zu bemerken. Bis zu den Worten nam et si arbiter ist die Gedankenführung völlig normal und klar, ja, der Stil sogar etwas weitschweifig; wenigstens im Anfang, wo der Jurist von der ersten Frage handelt; mit dem Satze: de illo sane potest dubitari geht er dann sehr konzis auf die zweite Frage ein. In den Worten: nam et si arbiter aber springt er höchst unbequem wieder auf die Frage des Annahmeverzugs zurück, kommt dann mit dem Satze adeo ut wieder auf die Frage 2 und schließt endlich mit der Analogie der lex commissoria!

Mommsen vermuthet daher vor nam einen weggefallenen Satz, etwa: ceterum poena non committitur, si per debitorem non steterit, quominus ea die solveret.

Dieser Annahme bedarf es nicht; es sind nur zwei Sätze in der Stellung verwechselt. Der Satz: de illo sane potest dubitari bis et hoc rectius dicitur gehört hinter modicum spatium datum videri. Der Jurist handelt zunächst durchweg von Frage 1. Mit den Worten adeo ut et illud kommt eine Erweiterung des Gedankens: der Schuldner haftet nicht beim Annahmeverzug; noch mehr: wenn kein fester Termin bestimmt, hat er von selbst ein modicum spatium: Dies führt naturgemäß zur Frage: Wie aber, wenn er kein solches modicum spatium hat, wenn er den Termin hat verstreichen lassen, wenn er moram

---

eine Geldsumme setzen kann. Zu den Stellen aus nichtjuristischen Autoren bei Bruns, Zeitschr. f. Rechtsgesch. I S. 33, vergl. ferner Apulejus, metam. X 27: Omnia prolixe accumulateque pollicetur et statutum praemium sine mora se redditurum constituit.

fecerit (die Worte interpellatus ipse sind Glossen)? Darauf erwidert der Jurist: Da sei nicht zu helfen, denn die einmal verfallene Strafe bleibe verfallen.

§ 22.

d)

Das fr. 102 pr. de solut. ist nur mit Emendation zu halten. Es lautet:

Creditor oblatam a debitore pecuniam, ut alia die accepturus, distulit; mox pecunia, qua illa res publica utebatur, quasi aerosa jussu praesidis sublata est. Item pupillaris pecunia, ut possit idoneis nominibus credi, servata, ita interempta est. Quaesitum est, cujus detrimentum esset. Respondi, secundum ea quae proponerentur, nec creditoris nec tutoris detrimentum esse.

Hier orakelt Scaevola in gewöhnlicher Weise und überläßt es seinen Schülern, die Gründe seiner Weisheit zusammenzusuchen; er diagnostizirt, ohne uns einen Blick in das Innere zu geben, während Papinian wie mit Röntgenstrahlen uns zugleich den inneren Bau eines Rechtsfalles vor Augen zu führen versteht. Dieser Umstand bewirkt es, daß wir das Opfer jedes Abschreibers werden, ohne daß uns die Begründung über den Fehler hinweghilft. Die Stelle ist nur zu rechtfertigen, wenn man am Schluß statt creditoris setzt: debitoris. Die Uebereinstimmung der Florentina und der Basiliken ist für uns bedeutungslos; denn uns ist es gleichgültig, was zu Justinians Zeiten gestanden hat, für uns ist nur wesentlich, was Scaevola in einem weit früheren Jahrhundert, was der Scaevola des Marc Aurel und des Commodus gedacht und gesagt hat. Daß aber in jener Zwischenzeit mit den Abkürzungen, mit denen man zu schreiben pflegte, sich solche Irrthümer einschleichen konnten, liegt auf der Hand. Schwebt mir doch von jüngsther der Fall vor, daß der spätere Abschreiber älterer Urkunden vom 15. Jahrh. aus Bernardus: Bartolus und aus speculum: specialiter gemacht hat.

Die Stelle hat nur so einen zutreffenden Sinn. Alles, was zur Aufrechterhaltung des Grundtextes von der Glosse bis auf Schirmer gebracht wurde, ist unzutreffend.[156]) Denn es ist sicher, daß Scae-

[156]) Die frühere Litteratur bei Schirmer im Arch. f. civ. Praxis Bd. 87 S. 136 f.

vola den Fall des Annahmeverzugs unterstellt, es ist insbesondere auch sicher, daß das Zahlungsanbieten des Schuldners in jeder Beziehung korrekt war, daß daher die Gefahr auf den Gläubiger übergehen mußte.

Man hat sich hierbei allerdings schon an dem minderwerthigen Gelde gestoßen, das eine römische Provinzialstadt gegen alle Verkehrsübung und Verkehrswerthung prägte, mit dem dann der Schuldner zur Schwelle des Gläubigers kam. Was alles für Geld mochte damals im weiten Gebiete des römischen Reichs noch unter römischer Duldung kursiren!

Aber für die Geldqualität kommt absolut nur das Gesetz des Zahlungsortes in Betracht, und wenn dieses ein bestimmtes Werthmittel oder auch nur ein bestimmtes Werthzeichen als Geld erklärt, so hat es dabei sein Bewenden. Wie will überhaupt Jemand zahlen, wenn er sich auf das Gesetz des Zahlungsortes nicht verlassen kann? Daß das Geld im Metallgehalt minderwerthig ist, kommt ebensowenig in Betracht, als daß man im Alterthum mit Leder oder in der Neuzeit mit Papier bezahlt. Sonst könnte, wenn etwa am Ort kein anderes Geld üblich ist, der Schuldner einfach die Zahlungen einstellen!

Es steht also fest: der Schuldner hat mit richtigem Geld die Zahlung angeboten, der Gläubiger ist im Verzug der Annahme, das Geld verliert nachträglich den Geldcharakter, mithin muß sicher der Gläubiger den Schaden tragen.

Dagegen hilft es nicht, daß man erwidert: es ist ein casus, der sicher auch den Gläubiger betroffen hätte — sicher ist dies nun zwar nicht, denn der Gläubiger hätte sofort das Geld wieder weitergeben können; aber auch wenn es sicher wäre, so würde das nur um so mehr zu Gunsten des Schuldners sprechen: wenn das Haus, das der Baumeister übergeben will und der Besteller widerrechtlich nicht abnimmt, durch einen Blitzschlag zu Grunde geht, der es auch nach der Abnahme getroffen hätte, so ist es noch viel gerechter, daß der Besteller den Schaden leidet, als wenn der Schuldner, der mit dem Geld fortgeschickt worden ist, als spezieller Pechvogel gerade in die Hände der Räuber und Diebe fällt, die sich am Kassenschranke des Herrn Gläubigers nicht vergriffen hätten.

Der Umstand, daß die Gefahr in jedem Fall die Sache getroffen hätte, kann nur dazu führen, den Schuldner um so mehr zu entlasten

und die Gefahr dem Gläubiger um so sicherer aufzubürden; er kommt daher nur dann in Betracht, wenn der Schuldner im Verzug oder im Unrecht versirt, so daß er die Gefahr zu tragen hätte (§§ 287, 848 B.G.B.). Aber dieser Umstand kann nimmer dem Gläubiger einen Einwand geben, daß er die Gefahr nicht trage, die er sonst zu tragen hätte.[157])

Man könnte sich höchstens etwa folgenden Einwand denken: der casus, um den es sich in unserem Falle handelt, ist kein faktischer, sondern ein juristischer; man könnte etwa argumentiren: wenn auch im sonstigen die Gefahr auf den Gläubiger übergeht, so geht sie nicht über, wenn ein nicht faktischer, sondern ein juristischer Unfall in Frage steht, und man könnte sich an das erinnern, was einst Hartmann über die Eigenthümlichkeit des juristischen casus auszuführen versuchte.[158]) In der That ist es ja nicht die Naturordnung, sondern die Ordnung des Staatslebens, hier die gesetzliche Ordnung des Geldverkehrs, welche den Unfall herbeiführt, indem das Werthmittel seines Geldcharakters entblößt wird: es ist dann ähnlich, wie wenn z. B. durch Polizeivorschrift ein Terrain für unbewohnbar erklärt oder ein Haus mit Beschlag belegt und seine Veräußerung verboten wird. Aber ein Grund, diesen sog. juristischen casus, d. h. den durch die Staatsordnung herbeigeführten casus anders zu behandeln, als den Unfall, der durch die Naturordnung bewirkt wird, ist nicht ersichtlich, und die Hartmann'sche Deduktion ist insofern abzulehnen.

Man denke sich die Fälle:

a) Rebschößlinge sind durch die Reblaus verdorben,
b) der Verkehr von Rebschößlingen wird wegen der Reblausgefahr polizeilich verboten;

oder a) ein Grundstück wird unbewohnbar,
b) ein Grundstück wird wegen Gesundheitsgefahr gesperrt;

oder a) Holzschläge sind unmöglich, weil das Holz nicht nachwächst,
b) Holzschläge werden aus forstpolizeilichen Gründen verboten, weil der Wald zu Grunde ginge;

oder a) Heu geht auf dem Transport zu Grunde,
b) es wird auf dem Transport konfiszirt;

oder a) eine Erfindung ist in Folge dessen, daß die nothwendigen Stoffe auf Erden nicht mehr zu finden sind, unausführbar,

[157]) Unrichtig Schirmer S. 141.

[158]) Jahrb. f. Dogmat. XXII S. 417 f.

b) die Ausführung einer Erfindung wird, weil der Verlust der betreffenden Stoffe bevorsteht, gesetzlich untersagt;

oder a) eine Geldsorte kommt im Verkehr in Mißkredit und ist nicht mehr annehmbares Geld,

b) der Staat nimmt einer Geldsorte den Charakter des Zahlungsmittels.

Sollte in allen diesen Fällen der juristische casus anders behandelt werden, als der faktische? steht nicht die Rechtsordnung gewissermaßen mit der Naturordnung im Bunde, indem sie den menschlichen Interessen auch da dient, wo ein Weiterwirken schädlicher Faktoren, zwar noch keine direkten Schädlichkeiten, aber doch Gefahren und Zweifel herbeiführt? Die Staats- und Rechtsordnung berücksichtigt die in den Naturverhältnissen liegenden Verderbenskeime, sie läßt sie nicht zur vollen Entwickelung kommen; greift sie darum zum Schutze des Publikums ein, indem sie Gegenstände dem Verkehr entzieht, so muß dies rechtlich nach Analogie dessen behandelt werden, als ob diese Gegenstände von der Naturordnung ergriffen und durch diese dem Verkehr entrückt würden.

Ich weiß nun wohl, daß es nicht blos solche polizeiliche Gesichtspunkte sind, welche die Rechtsordnung zu Eingriffen in die Güterwelt veranlassen. Schon die Ausfuhrverbote gehen oft von nationalen Gesichtspunkten aus, die nicht an sich in der Ordnung der Güterwelt liegen (falls man bei ihr von der Eigenthümlichkeit des nationalen Lebens abstrahirt); die Expropriation ferner geht von anderer Rücksicht aus, als von Rücksichten für das einzelne Gut und seiner Nachbarschaft; die Aufhebung eines Monopols bezeugt eine Fürsorge für die Gesammtheit, nicht für den Einzelnen, der damit ein wichtiges Vermögensgut verliert.[159]) Allein immerhin handelt es sich auch hier um Eingriffe, die dahin zielen, eine veränderte Naturbenutzung der Lebensgüter anzubahnen und damit die Natur energischer für die menschlichen Zwecke zu verwenden und die Hindernisse menschlicher Kultur zu entfernen. Der Grund der Eingriffe liegt daher auch hier in letzter Reihe in der Unvollkommenheit der Naturordnung, er liegt in der Mangelhaftigkeit der Welterscheinungen, die uns umgeben und die nur durch solche Eingriffe geeignet werden können, unsere Kulturpostulate zu erfüllen. Ob ein Terrain wegen Gesundheitswidrigkeit gesperrt oder ob ein Terrain für eine hygienische Einrichtung expropriirt wird — beides entspricht dem gleichen Gedanken.

[159]) Vergl. über solche Fälle auch Hartmann S. 491—494.

Daher versteht sich von selbst, daß die Eingriffe dieser Art die nämliche Behandlung finden müssen, wie polizeiliche Eingriffe, und diese müssen die gleiche Behandlung finden, wie Naturschäden, die uns heimsuchen, in Fällen, wo kein staatlicher Akt warnend und schützend vorhergegangen ist. Und wenn es nach der Hartmann'schen Deduktion manchmal hart scheinen mag, daß der Käufer vor der Uebergabe der Sache das Opfer der Verhältnisse wird und doch den Kaufpreis zu zahlen hat, so ist damit nur demonstrirt, woran Niemand zweifelt, daß das römische System des sofortigen Gefahrsüberganges eben auch seine Bedenken hat.

Nur dann würde sich die Sache anders verhalten, wenn es sich um einen Rechtseingriff handelt, der sich lediglich in der schuldnerischen Rechtssphäre abspielte und nur per consequens die Sache und damit den äußeren Verkehr beträfe.[160]) Man denke sich den Fall so, daß der Schuldner, der sein Geld vergebens beim Gläubiger anbringen wollte, auf dem Heimwege dem Gerichtsvollzieher in die Hände liefe und von ihm gepfändet würde, oder daß der Wilderer, der das verkaufte Gewehr vergebens dem Käufer (Gläubiger) zu tradiren versuchte, unterwegs von der Polizei arretirt und dabei sein Gewehr beschlagnahmt würde: dies wäre kein casus, welcher dem Gläubiger anzurechnen wäre; dies wären vielmehr einfach Entwickelungen, die sich innerhalb des Eigenvermögens des Schuldners durch die Lage der gegenseitigen Vermögensfaktoren abspinnen: ist der Schuldner einem Dritten Geld schuldig und zehrt nun diese andere Schuld in der einen oder anderen Weise an der Sache, mit welcher der Schuldner eben zahlen wollte, wird in Folge dessen der eine Vermögensfaktor vom anderen verschlungen — und nicht anders ist es doch beim Beschlag durch den Gerichtsvollzieher —, so handelt es sich einfach um Ausgleichungsvorgänge innerhalb des Vermögens des Schuldners, — es liegt kein Außenereigniß vor, das Dritten gegenüber als casus erscheinen könnte; und ebenso verhält es sich mit der strafrechtlichen Konfiskation, kraft der nothwendigen Berührung der ethischen mit der wirthschaftlichen Sphäre. Man könnte es ebenso gut als einen casus betrachten, daß beim Wachsthum der Pflanze das eine Element ausgestoßen wird, auf daß das andere gedeiht.

So ist aber der Fall des Scaevola nicht, und die Stelle ist nur gerechtfertigt, wenn man dem creditor die Gefahr aufbürdet.

[160]) Man vergl. hierzu Hartmann S. 487; allein die dortige Ausführung ist ungenügend und trifft nicht den wahren Kern.

Damit ist natürlich noch nicht dargethan, daß nicht etwa Scaevola geirrt und etwas falsches respondirt habe; und in Ermangelung der Motive läßt sich kein strikter Nachweis führen, daß ein Schreibfehler vorliegt und die Entscheidung anders gelautet hat. Indeß spricht gerade in dieser Materie, wo die römischen Juristen eine besonders große Feinheit verrathen, und in einer Stelle, wo wir keine doktrinäre Entwickelung, sondern einen praktischen Fall vor uns haben, die Vermuthung gewiß für eine richtige Entscheidung des Juristen; sodann läßt sich die Emendation creditoris in debitoris noch aus einem anderen Grunde wahrscheinlich machen.

Der Jurist entwickelt die Gefahrsfrage in zwei Fällen: im Fall des Schuldners, der mit dem verhängnißvollen Gelde bezahlen wollte, wie oben, und im Fall des Vormundes, der einen Betrag in diesem Gelde für sein Mündel in der Kasse ließ, um eine anständige Summe zusammenzubringen, für die sich eine ordentliche Anlage böte. Im letzteren Fall hat der Vormund alles gethan, was er zu thun hatte; wie sollte er das Geld anders admassiren, als in der in der Stadt üblichen Münze? Kommt daher die Verordnung des Provinzstatthalters, welche das Geld kassirt, so bleibt er trotz des schmerzlichen Verlustes, den der Mündel erleidet, außer Verantwortung. Neben diesem einleuchtenden Fall steht der obige. Ein wirklicher Parallelismus ist nun offensichtlich nur dann gegeben, wenn man debitoris liest, denn dann ist zu sagen: 1. der Schuldner und der Vormund haben gethan, was sie zu thun hatten, sie bleiben daher außer Verantwortung und der Verlust trifft den anderen Theil; 2. die Gefahrstragung findet nach den gewöhnlichen Regeln der Gefahrstragung statt, der juristische casus steht dem faktischen casus gleich.

Nun ist es allerdings nicht sicher, daß Scaevola einen solchen Parallelismus überhaupt gewollt hat; es ist möglich, daß beide Fälle in Folge praktischer oder auch schulhafter Anfrage einfach zusammentrafen, und, wie sie zusammentrafen, in complexu erledigt wurden. Und so besonders vorsichtig in der Redaktion ihrer Werke waren die römischen Juristen keineswegs, wenn auch die Salopperie Ulpians einzig dasteht.

Viel wahrscheinlicher ist es aber doch, daß Scaevola bei Redaktion seiner Responsen nur ähnliches zusammenthat und zwei ganz verschiedene, von verschiedenen Gesichtspunkten ausgehende Entscheidungen



nicht in einem Athem zusammenfassen wollte. Nehmen wir dies an, dann ist zweifellos debitoris zu lesen; denn mit creditoris ist ein angemessener Parallelismus überhaupt nicht möglich. Sollte etwa Scaevola so parallelisirt haben: den Gläubiger trifft trotz seines Verzugs (trotz seines differe) die Gefahr nicht, und den Vormund trifft trotz seines Verzugs (in der Geldanlage) die Gefahr nicht: so hätte er als Dilettant nach äußerer Aehnlichkeit gegriffen und Dinge mit einander verglichen, die nur der allerschlichteste Laienverstand mit einander in Analogie setzen könnte. Denn der Gläubiger, der das Geld nicht annimmt, verfehlt sich gegen keine Pflicht wider den Schuldner, ein Gefahrsübergang kann daher nicht auf Pflichtwidrigkeit gebaut werden, er kann nur darauf gebaut werden, daß auf Seiten des Schuldners eine Erleichterung gerechtfertigt ist, der sich der Gläubiger fügen muß. Der Vormund dagegen, der das Geld in die Kasse vergräbt, begeht dadurch, daß er nicht für ordentliche Geldanlage sorgt, eine Pflichtwidrigkeit: eine Pflichtwidrigkeit, die sich darin rächt, daß das Geld zinslos bleibt und die Gefahr der Summe auf den Mündel lastet; und wegen dieser Pflichtwidrigkeit kann der Gefahrsübergang auf den Vormund in Gestalt seiner Haftpflicht stattfinden. Beides muß doch von ganz verschiedenem Standpunkt aus behandelt werden: wenn ein Vormund haftbar wird, hat es eine andere Begründung, als wenn der Gläubiger die Gefahr trägt.

Beides ist auch im Resultat etwas ganz anderes: der Gläubiger trägt die Gefahr, indem ihm früher geschuldet wurde und jetzt nichts mehr geschuldet wird, der Vormund trägt die Gefahr, indem er früher nichts schuldete und jetzt haftweise die Schuld übernehmen muß.

Dagegen besteht zwischen Schuldner und Vormund der oben angeführte Parallelismus: der Schuldner haftet nicht mehr, wenn er dem Gläubiger gegenüber alles gethan hat, was von ihm verlangt wurde; der Vormund fängt nicht an zu haften, wenn er in gleicher Weise gethan hat, was seine Vormundschaftspflicht war; in beiden Fällen liegt ein Pflichtverhältniß vor und in beiden Fällen äußert sich das Nichttragen der Gefahr darin, daß eine Pflicht nicht zur Geltung kommt und in Folge dessen der Verlust an einem Andern haftet.

Auch von diesem Gesichtspunkte aus scheint es mir sehr wahrscheinlich, daß Scaevola debitoris, nicht creditoris geschrieben hat.

6.

Ueber Cession von Forderungen.

Von **Dr. A. Affolter** in Solothurn.

Man hat in der Litteratur des Wechselrechts stets nach einer Erklärung dafür gesucht, warum der Wechselschuldner nicht wie der debitor cessus dem jeweiligen Gläubiger diejenigen Einreden entgegen setzen dürfe, die sich aus den persönlichen Rechtsverhältnissen mit den Rechtsvorgängern ergeben (Art. 82 der Deutschen Wechselordnung). Die Erklärung liegt einfach darin, daß bei der Wechselübertragung eine Succession in die Forderung des Vormannes stattfindet. Der neue Wechselgläubiger succedirt in das Wechselforderungsrecht, in das Recht aus dem Wechsel, nicht aber in andere Rechtsverhältnisse des Vormannes. Der Wechselschuldner kann deshalb nicht Einreden entgegenhalten, die aus seiner besonderen Rechtsstellung zum Vormanne sich ergeben, weil die entsprechende Rechtsstellung des letzteren nicht übergegangen ist; es fehlt dem Successor das passive Verhältniß seines Vorgängers, welches die Erhebung der Einrede seitens des Schuldners rechtfertigt.

Erklärungsbedürftig ist dagegen die Bestimmung der modernen Civilgesetzbücher, daß bei der Cession trotz behaupteter Succession des Cessionars in das Forderungsrecht des Cedenten, der Schuldner dem Gläubiger alle diejenigen Einreden entgegenhalten kann, die er bis zur geschehenen Denunziation gegenüber dem Cedenten erworben hat.

Bei der juristischen Auffassung der Cession, wie sie uns das römische Recht giebt, ist die Erklärung, warum der Cessus sich auch der Einreden, die er gegenüber dem Cedenten hat, bedienen darf, eine sehr einfache. Der Cessionar ist gar nicht Gläubiger; Gläubiger bleibt vielmehr der Cedent und der Erwerber der Forderung hat blos die Vollmacht zur Geltendmachung in eigenem Nutzen. Die Denunziation

bewirkt allerdings, daß solche Einreden, welche erst jetzt zur Entstehung kommen, dem Cedenten nicht mehr entgegengehalten werden dürfen und daß der Schuldner nicht mehr dem Cedenten befreiend zahlen kann. Allein auch mit dieser Denunziation ist noch keine Succession in das Forderungsrecht eingetreten; die Forderung ist noch immer diejenige des Cedenten. Die Wirkungen der Denunziation (bezw. der Litiskontestation) erklären sich aus den Grundsätzen über Treu und Glauben des Verkehrs. Der Schuldner, welcher trotz Kenntniß von der geschehenen Ueberlassung des Forderungseffektes an einen anderen gleichwohl dem bisherigen Gläubiger zahlt, verstößt gegen die bona fides; er verstößt auch dagegen, wenn er Einreden geltend macht, die er nach der Anzeige durch geschäftlichen Verkehr mit dem Cedenten erworben hat. Nur in dem Falle reicht die Berufung auf die bona fides nicht aus, wenn der Schuldner nicht willentlich, sondern zufällig nach der Denunziation noch eine Einrede gegenüber dem Cedenten erwirbt, z. B. wenn er vom Letzteren durch Delikt geschädigt wird. Der Anschluß der Einrede, namentlich der Kompensation erklärt sich für solche Fälle vielleicht daraus, daß das römische Recht von dem Normalfalle der Fälligkeit der cedirten Forderung ausgeht; würde der Schuldner seine Verpflichtung rechtzeitig erfüllt haben, so hätte er aus seiner später erworbenen Einrede doch keinen Nutzen gezogen.

In der gemeinrechtlichen Theorie ist die Frage bekanntlich streitig, ob in Folge gewohnheitsrechtlicher Modifikation des römischen Rechts eine eigentliche Succession bei der Cession eintrete. Für die Annahme der Succession spricht sich namentlich Windscheid aus. Ihm ist jedenfalls zuzugeben, daß der Haupteinwand, welcher gegen das Successionsdogma erhoben wird, der Einwand, die Forderung sei ihrem Begriffe nach nicht übertragbar, völlig unstichhaltig ist. Dagegen ist der Einwand gerechtfertigt, daß mit der Gestaltung der Cession, wie sie das gemeine Recht und die neueren Gesetzbücher noch immer aufweisen, die Annahme einer Succession als unvereinbar erscheint. Die letztere steht im Widerspruche zu dem Rechte des Schuldners, Einreden aus seinem persönlichen Verhältnisse zum Cedenten auch dem Cessionar entgegenzuhalten. Dieses Recht erklärt sich nur aus der römisch-rechtlichen Auffassung des Fortbestandes der Obligation zwischen Cedent und Cessus; sobald wir annehmen, das frühere obligatorische Band sei zerrissen, fehlt uns jede Erklärung für diese Stellung des Schuldners.

Keine Erklärung liegt in der Bemerkung Windscheid's, die Forderung gehe eben mit ihren Mängeln und Vorzügen über. Kann man wohl annehmen, eine Forderung sei mit einem Mangel behaftet, wenn ihr z. B. eine völlig selbständige Forderung gegenübersteht? Allerdings begründet dieses Gegenüberstehen die Möglichkeit der Kompensation, aber doch nur so lange, als es dauert; hat ein anderer Gläubiger die Forderung als eigene erworben, so hört diese Voraussetzung der Verrechnung auf. Der Mangel einer Forderung, welcher einer Gegenforderung gegenüber steht, liegt in der entsprechenden Verpflichtung des Gläubigers. Vermittelst der Cession soll die Forderung übergehen; die Gegenverpflichtung aber, also der Mangel, verbleibt unbestrittener Maßen beim Cedenten. Der Mangel geht also gar nicht auf den Cedenten über. Die Möglichkeit der Verrechnung wäre nur erklärlich, wenn der Cedent auch in der Schuld succedirt; dies thut er aber nicht. Wie ließe es sich ferner mit der Annahme der Succession vereinbaren, daß der Cedent doch in gewissem Maße die Möglichkeit hat, über das Schicksal der cedirten Forderung, die ihm gar nicht mehr gehört, zu verfügen? Befriedigt er den Schuldner, so ist die Forderung des Dritten, des Cedenten, gerettet; läßt er es zur Verrechnung kommen, so zerstört er dieselbe; macht er Theilzahlungen an den Cessus, so befreit er damit eine fremde Forderung u. s. w.

In der Beibehaltung der Bestimmung, daß der Cessus alle bis zur Kenntniß der Cession dem Cedenten gegenüber begründeten Einreden auch dem Cessionar gegenüber geltend machen und bis zu diesem Zeitpunkte dem Cedenten noch gültig zahlen kann, finde ich den Beweis, daß eine Succession der Forderung durch die Cession nicht stattfindet.

Beruht die Cession darauf, daß der Cessionar ermächtigt wird, die Forderung des Cedenten zu eigenem Nutzen geltend zu machen, so ist es auch erklärlich, wenn sämmtliche Forderungen, Forderungen irgend welcher Art, als cessibel angesehen werden, sofern nur nicht die Geltendmachung durch einen anderen als den Gläubiger gegen den Inhalt der schuldnerischen Verpflichtung verstößt. Wenn jemand einen Klavierlehrer für 30 Stunden engagirt hat, so kann er die Geltendmachung seiner Forderung auf diese Leistungen einem anderen nur überlassen, wenn sich der Schuldner i. e. der Klavierlehrer nicht auf den Umstand zu berufen vermag, daß er speziell mit Rücksicht auf die Talente, die

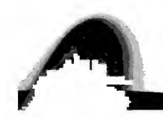
Vorgerücktheit und andere persönliche Eigenschaften seines Kontrahenten, sich zur Leistung verpflichtet habe. Wo dieses persönliche Moment fehlt, ist das Gebiet der Cession unbeschränkt; so können auch zweifellos einzelne Ansprüche aus Vertragsverhältnissen cedirt werden; der Käufer kann seinen Anspruch auf die Kaufsache, der Miether sein Recht auf Gebrauch der Sache cediren u. s. w. Man braucht sich dabei nur vorzustellen, daß der Cessionar blos in Ermächtigung des Cedenten handelt und daß der letztere voller verantwortlicher Gegenkontrahent bleibt. Der Schuldner wird nicht ungünstiger gestellt, er verliert keine Einwendungen, der Cedent ist blos der Bevollmächtigte des Cedenten. Es hat auch nichts zu sagen, wenn diese Einwendungen erst nach der Cession und Denunziation perfekt werden, völlig entstehen, falls nur die Wurzeln dieser Einwendungen in dem vorher schon bestehendem Vertragsverhältnisse zu suchen sind. Wenn z. B. der Vermiether seine Miethzinsforderung cedirt hat und erst nach der Cession und Denunziation der Miether infolge kontraktlichen Verschuldens des Vermiethers eine Entschädigungsforderung erworben hat, so datirt diese Gegenforderung nicht erst von der Beschädigung an, sondern sie ist im Wesentlichen entstanden und erworben schon vorher, gestützt auf den Vertrag.

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nimmt gegenüber den anderen modernen Gesetzbüchern insofern eine eigenthümliche Stellung ein, als der Gedanke, es trete durch die Cession eine Succession in das Forderungsrecht ein, sich wie ein rother Faden durch alle Bestimmungen über die Cession zieht. Diesem Gedanken wird in § 398 am prägnantesten Ausdruck gegeben: „Mit dem Abschlusse des Vertrages tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers“. Dieser Anschauung folgend, läßt es die Wirkungen der gemeinrechtlichen Denunziation grundsätzlich schon mit der Cession beginnen. § 404 bestimmt, daß blos die Einwendungen, die zur Zeit der Abtretung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren, dem anderen Gläubiger entgegengesetzt werden können. Von dieser Bestimmung giebt es aber wichtige Ausnahmen; der Schuldner kann auch die nach der Cession, aber vor der Denunziation erworbenen Gegenforderungen verrechnen, sofern sie nicht später als die abgetretene Forderung fällig sind (§ 406). Ferner kann der Schuldner an den bisherigen Gläubiger bis zur Denunziation gültig bezahlen, jedes

Rechtsgeschäft wirkungsvoll mit dem Cedenten vornehmen, das die cedirte Forderung in irgend einer Weise, subjektiv oder auch nur objektiv, berührt. Diese Ausnahmen heben von der Regel soviel auf, daß praktisch von derselben nicht viel übrig bleibt; wenigstens kann ich mir vorderhand nicht vorstellen, welcher Art die in der Zwischenzeit entstandenen Einreden sein müßten, um nicht fähig zu sein, dem Cessionar gegenüber geltend gemacht zu werden. Der Gesetzgeber hat zweifellos der Theorie, daß die Cession eine Succession begründe, in verschärfterer Weise, als es in den bisherigen Kodifikationen geschehen ist, Ausdruck geben wollen, ohne jedoch diese Theorie in konsequenter Weise durchzuführen. Selbst wenn das Bürgerliche Gesetzbuch an der Bestimmung des § 404 festgehalten und jede nach der Cession von dem Schuldner an den bisherigen Schuldner bewirkte Leistung, so wie jedes in Ansehung der cedirten Forderung zwischen dem Cessus und Cedent vorgenommene Rechtsgeschäft unwirksam erklärt hätte, so wäre damit die Annahme einer durch die Cession bewirkten Succession noch nicht begründet. Fallen gelassen wäre lediglich das Institut der Denunziation, oder vielmehr es wären die Wirkungen der letzteren mit dem Cessionsakte verbunden worden. Solange aber überhaupt der Schuldner die bisherige Rechtsstellung gegenüber dem Cedenten auch gegen den Cessionar ins Feld führen darf, kann von einer eigentlichen Succession nicht die Rede sein.

Es stimmt deshalb die juristische Konstruktion der Cession im Bürgerlichen Gesetzbuche mit derjenigen des römischen Rechtes überein. Die Cession ist Ueberlassung des Vermögenswerthes der Forderung und zu diesem Zwecke zugleich Ermächtigung des Cedenten an den Cessionar, die Forderung zu eigenem Nutzen geltend zu machen.

Die Cession enthält eine Ent- oder Veräußerung nicht der Forderung selbst, sondern des Vermögenswerthes derselben. Der Cedent überläßt dem Cessionar all' dasjenige, was von dieser Forderung erhältlich ist. Der Cedent entäußert sich der materiellen Vortheile der Forderung zu Gunsten des Cessionars, er veräußert an diesen den finanziellen, wirthschaftlichen Effekt der Forderung. Deshalb beginnt der Genuß der Vermögensvortheile für den Cessionar von der Veräußerung an. Diese Veräußerung ist Leistung aus einem Vertrage, dem Cessionsvertrage. Die Uebereinkunft, daß eine Forderung cedirt werden solle, ist noch nicht Entäußerung der Forderung selbst. Die Entäußerung setzt viel-



mehr den speziellen Entäußerungswillen voraus und findet ihren regelmäßigen, sinnfälligen Ausdruck in der Ausstellung eines Cessionsaktes, Uebergabe der Forderungsurkunde oder der Beweismittel u. s. w.

Um die Vermögensvortheile der Forderung erhältlich zu machen, muß der Cedent den Cessionar zur Geltendmachung der Forderung ermächtigen. Diese Ermächtigung ist eine Vollmacht; es kommen jedoch die Grundsätze über Widerruflichkeit derselben aus naheliegenden Gründen nicht zur Anwendung. Die Vollmacht zur Geltendmachung der Forderung liegt hier nicht wie sonst im Vortheile des Vollmachtgebers, sondern ausschließlich im Nutzen des Bevollmächtigten; wie die einmal geschehene Veräußerung der Forderungsvortheile nicht zurückgenommen werden kann, so darf auch die lediglich zur Sicherung dieser Vortheile für den Cessionar gegebene Vollmacht nicht widerrufen werden. Diesen Grundsatz spricht § 409 des Bürgerlichen Gesetzbuches mit aller Deutlichkeit aus.

Abgesehen von der Widerruflichkeit finden jedoch im Weiteren die Bestimmungen über Vollmacht ihre Anwendung auch auf die Ermächtigung bei der Cession. Das Essentielle der Vollmacht liegt in der Erklärung des Vollmachtgebers an denjenigen, bei welchem sich der Bevollmächtigte als solcher ausweisen muß. Diese Erklärung kann entweder direkt geschehen oder dadurch, daß der Vollmachtgeber dem Bevollmächtigten eine Urkunde giebt, welche betheiligten Dritten vorgewiesen werden kann. Dieser betheiligte Dritte ist bei der Cession vor allen der Schuldner, bezw. dessen Rechtsnachfolger oder dessen Konkursmasse. Der Schuldner darf gewiß verlangen, wenn ein anderer als der bisherige Gläubiger die Forderung gegen ihn geltend machen will, daß sich dieser andere gehörig ausweise. Der Ausweis kann nur geschehen durch eine Erklärung, herrührend vom Cedenten, und diese Erklärung liegt entweder im schriftlichen Cessionsakte oder in der Anzeige des Cedenten an den Cessus selbst. Der eigentliche Grund, warum die Gesetzgebungen bei der Gestaltung der Cession mehr oder weniger auf Schriftlichkeit hinsteuern, liegt nicht darin, daß man auf die Beurkundung der Veräußerung das Gewicht legt, sondern in der Erwägung, daß bei der Ermächtigung der betheiligte Dritte mit Fug und Recht einen sicheren Ausweis über die Bevollmächtigung verlangen darf. Die Ermächtigung durch Anzeige des Cedenten an den Schuldner braucht nicht schriftlich zu sein, dagegen wird man dem Schuldner die

Befugniß nicht abstreiten können, zur eigenen Sicherung und für alle Eventualitäten die Schriftlichkeit der Anzeige zu verlangen.

Betrachten wir das Verhältniß der drei Erklärungen, welche bei einer Cession vorkommen können: Die Erklärung des Cedenten, daß er die Forderung cedire, die Anzeige des Cedenten an den Schuldner, daß er die Forderung cedirt habe und die Anzeige des Cessionars an den Schuldner, daß ihm die Forderung cedirt worden sei.

Die Erklärung des Cedenten an den Cessionar, daß er ihm die Forderung cedire, enthält, wenn sie nicht blos Cessionsversprechen, sondern Erklärung des Veräußerungswillens selbst ist, zugleich die Ermächtigung zur Einziehung der Forderung. Der Cessionar, der weiß, daß er dem Schuldner über die Ermächtigung zum Bezuge der Forderung Ausweise vorlegen muß, wird selbstverständlich auf eine schriftliche Cessionserklärung dringen; er hat auch das Recht dazu. In der Regel wird also bei der Cession diese schriftliche Erklärung stattfinden; das Fehlen dieser schriftlichen Erklärung dürfte ein schwerwiegendes Moment für die Vermuthung bilden, daß eine ernstliche Cession überhaupt nicht stattgefunden, sondern vielleicht blos eine Cessionsverabredung, deren Anführung, die Veräußerung mit Ermächtigung, noch dahin stehe. Das Schweiz. Obligationenrecht bestimmt in Art. 184, daß zwar die Cession ohne besondere Form verbindlich sei, die Wirksamkeit aber, namentlich im Konkurse der Abtretenden von der schriftlichen Beurkundung abhänge. Es ist damit ausgesprochen, daß blos in der Ausstellung eines schriftlichen Cessionsaktes bezw. in der schriftlichen Anzeige des Cedenten an den Schuldner, die ernstliche Veräußerungsabsicht mit Ermächtigung erblickt werden könne. Solange der Cedent nicht in Konkurs gefallen ist, kann diese Cessionserklärung noch nachgeholt werden, nicht aber, wenn über den Cedenten der Konkurs eröffnet ist. Bei mehrfacher Abtretung geht gemäß Art. 186 diejenige vor, wofür die ältere schriftliche Beurkundung vorliegt; daraus erhellt wieder, daß der schweizerische Gesetzgeber im Kollisionsfalle nur dann eine ernstliche Cession als vorhanden annimmt, wenn eine schriftliche Erklärung dafür vorhanden ist. Im Uebrigen, also abgesehen von diesen Fällen, verneint das Schweiz. Obligationenrecht durchaus nicht, daß eine wirkliche Cession ohne schriftliche Beurkundung stattfinden könne. Freilich wird der Schuldner das Recht haben, vor der Leistung eine schriftliche Erklärung des Cedenten



einzufordern. Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich giebt grundsätzlich der formlosen Abtretung die gleiche Bedeutung wie der schriftlichen; immerhin ist der Schuldner nur auf eine schriftliche Erklärung des Cedenten hin zur Zahlung verpflichtet. Bei mehrfacher Abtretung hat diejenige, wofür die ältere schriftliche Beurkundung vorliegt, keinen Vorzug vor einer älteren mündlichen Abtretung. Liegt eine formlose Abtretung vor und fällt der Cedent, bevor er eine schriftliche Erklärung abgegeben hat, in Konkurs, so ist der Cessionar allerdings in einer eigenthümlichen Stellung; der Schuldner verlangt von ihm eine schriftliche Erklärung des Cedenten und die Konkursverwaltung des letzteren wird sich vielleicht weigern, die Erklärung auszustellen. Aus dem Gesagten geht hervor, daß die Schriftlichkeit des Cessionsaktes ihre Bedeutung in der Funktion findet, die der Akt als schriftliche Vollmacht zu erfüllen hat. — Hat eine Cession, sei es mündlich oder schriftlich wirklich stattgefunden, so schadet es dem zahlenden Schuldner nicht, wenn er von dem Rechte, die Vorlegung einer schriftlichen Cessionserklärung zu verlangen, keinen Gebrauch macht. Der Schuldner zahlt selbst dann gültig einem Cessionar, wenn mehrfache Abtretungen stattgefunden, er aber nur von dieser Abtretung Kenntniß hat. Nur wenn mehrere Prätendenten auftreten, darf er nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nur dem ersten Cessionar, nach Schweizerischen Obligationenrecht nur dem Cessionar, der die früheste Cessionsurkunde aufweist, zahlen. — Der Grund, warum sich der Schuldner durch die gutgläubige Zahlung an einen im Rechte nachgehenden Cessionar befreit, liegt darin, daß der Schuldner eben die Forderung des Cedenten befriedigt und zwar einem Bevollmächtigten des eigentlichen Gläubigers gegenüber erfüllt. Es gilt der allgemeine Grundsatz, daß bei mehrfach ertheilten, einander widersprechenden Bevollmächtigungen der Dritte gutgläubig mit jedem der Bevollmächtigten gültig kontrahiren kann. Da die Cession aber nicht nur eine Bevollmächtigung, sondern auch eine Veräußerung des Forderungseffektes enthält, so bleibt die Frage offen, ob nicht der spätere Cessionar, obgleich ihm der Schuldner gültig bezahlt hat, dem vorberechtigten Cessionar erstattungspflichtig wird.

Die Anzeige des Cedenten an den Schuldner, daß er die Forderung cedirt habe, hat den Zweck, das Stellvertretungsverhältniß des Cessionars zu begründen. Diese Anzeige ist die Kundbarmachung des Vollmachtgebers an den Dritten (vergl. Art. 41 des Schweiz. Obligationenrechts und

§ 167 des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich). Von dem Momente dieser Anzeige an kann sich der Schuldner auf diese verlassen, da die Vollmacht außer Zweifel steht, § 409 des Bürgerlichen Gesetzbuches. Diese Anzeige an den Schuldner hat aber nicht die Bedeutung der Cession selbst, weil sie eben an den Schuldner und nicht an den Cessionar gerichtet ist; trotz dieser Anzeige ist es möglich, daß vorerst nur eine Vereinbarung behufs Cession oder nicht einmal eine solche Vereinbarung stattgefunden hat. Dagegen enthält die Anzeige des Cedenten an den Schuldner noch eine weitere Funktion als die bloße Bevollmächtigung; sie setzt den Schuldner für dessen Verkehr mit dem Cessionar in bona fides. Der Schuldner darf jetzt ohne Gefahr dem als neuen Gläubiger Bezeichneten bezahlen. Ohne Zustimmung des letzteren kann der bisherige Gläubiger seine Anzeige nicht zurückziehen, § 409 des Bürgerlichen Gesetzbuches. Immerhin hat die Anzeige doch nicht eine unabschwächbare Wirkung. Gesetzt, der Gläubiger theile dem Schuldner mit, daß seine Anzeige auf einem Irrthume beruhe, so ist der Schuldner doch nicht mehr in bona fide, wenn er gleichwohl dem als Cessionar Bezeichneten Zahlungen leistet. Es liegt dann vielmehr der Fall vor, daß er der zweiten Erklärung vor Bestätigung seitens des als Cessionar Bezeichneten keine Berücksichtigung angedeihen zu lassen braucht, andererseits aber doch nicht dem letzteren Zahlung leisten darf; der Schuldner kann sich dann durch Hinterlegung befreien. Mit der Anzeige des Cedenten an den Schuldner treten im Weiteren auch alle diejenigen Wirkungen ein, welche das Gesetz an die Kenntniß des Schuldners von der geschehenen Cession knüpft, also sämmtliche Wirkungen der vom Cessionar ausgehenden Denunziation.

Die Denunziation des Cessionars an den Schuldner hat zunächst die Wirkung, daß letzterer nunmehr keine Rechtsgeschäfte bezüglich der cedirten Forderung mit dem Cedenten abschließen kann. Der Schuldner wäre bei allen diesen Rechtsgeschäften in mala fide und es hätte der Cessionar bei Geltendmachung derselben durch den Schuldner die replicatio doli. Die Civilgesetzgebungen stimmen mit dem römischen Recht dahin überein, daß die nach der Denunziation erworbenen Einwendungen des Schuldners sich nicht mehr gegen den Cessionar richten. Daß auch selbst die nicht aus Rechtsgeschäften des Schuldners mit dem Cedenten, sondern zufällig nach der Denunziation für den Schuldner

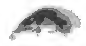
entstandenen Einwendungen dem Cessionar nicht entgegengehalten werden können, erklärt sich, abgesehen von rechtshistorischen Gründen, innerlich aus der Erwägung, daß der Schuldner sich nicht beklagen kann, wenn ihm eine zufällig gegen den Cedenten entstandene Einwendung durch einen anderen Zufall, den der geschehenen Cession und Denunziation, abgeschnitten wird. Während die bisherigen Privatrechtskodifikationen darüber einig sind, daß der Schuldner die nach der Kenntnißnahme von der Cession erworbenen Einwendungen dem Cessionar gegenüber verliert, geht das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich noch weiter und nimmt selbst nicht alle vor dieser Kenntnißnahme dem Schuldner entstandenen Einwendungen gegen den Cessionar in Schutz. Wir haben dieses Verhältniß bereits oben berührt, und aus dem prinzipiellen Standpunkte des Gesetzes erklärt.

Wollte man mit der Cession eine Succession in die Forderung mit allen Konsequenzen des Forderungsüberganges verbinden, so könnte der Schuldner Einwendungen aus seinem persönlichen Verhältnisse zum früheren Gläubiger nicht mehr bringen, weil die entsprechende passive Rechtsstellung des letzteren nicht auf den neuen Gläubiger übergeht. An Einwendungen würden nur noch verbleiben drei Kategorien. 1. Da auch bei Succession der Forderung nur dasjenige übergehen kann, was der Abtretende hat, also nur die Forderung, so wie sie entstanden ist, und andererseits beim Schuldner die Verpflichtung in ihrer ganzen rechtlichen Gestaltung, so wie sie entstanden ist, bestehen bleibt, so hat der Schuldner alle diejenigen Einwendungen und Schutzbehauptungen, welche sich auf die Entstehung der Forderung beziehen, so die rechtsvernichtenden Einreden der mangelnden Geschäftsfähigkeit, des mangelnden Verpflichtungswillens (z. B. bei Mißbrauch eines Blankets), der mangelnden Form, des Betruges, Zwanges, des wesentlichen Irrthums, des Spiels oder der Wette u. s. w. 2. Da die Forderung auch nach der Entstehung durch Vereinbarungen in ihrem Inhalte verändert oder modifizirt sein kann, so darf der Schuldner sich auf solche Veränderungen der ursprünglichen Forderung berufen. 3. Dem Schuldner stehen auch alle Einwendungen zur Seite, welche sich jeder Gläubiger gefallen lassen muß, indem sie ihren Inhalt aus den Rechtsnormen selbst schöpfen, so die Einrede der Verjährung.

Es ist klar, daß eine solche Gestaltung der Cession mit Rücksicht auf den Schuldner undurchführbar ist; der letztere würde unter Um-

ständen schwer geschädigt, wenn er die Einwendungen aus seinem persönlichen Verhältnisse zum Schuldner verlieren müßte. Dagegen ließe sich die Succession für eine Klasse von Forderungen rechtfertigen, nämlich für Forderungen, die eine schriftliche Beurkundung erfahren haben.

Wir finden in der modernen Gesetzgebung Anläufe zu einer besonderen Gestaltung der Cession von schriftlich beurkundeten Forderungen. Es wird sowohl im Schweizerischen Obligationenrecht, wie im Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich die sog. Einrede der Simulation dann ausgeschlossen, wenn eine Schuldurkunde ausgestellt ist und der Cessionar gutgläubig erworben hat. Bei Simulation ist zwar keine Forderung entstanden; durch den gutgläubigen cessionsweisen Erwerb der Schuldurkunde aber entsteht für den Cessionar die Forderung. Die Cession ist also hier nicht Uebertragung einer Forderung, sondern ein Thatbestand, welcher eine Forderung entstehen läßt. Die Analogie mit dem Eigenthumserwerb des gutgläubigen Erwerbers einer dem Veräußerer nicht gehörenden Sache liegt unverkennbar vor. Es ist der Rechtsgedanke des Hand wahre Hand, welcher hier durchgedrungen ist. Man will den Erwerber im Interesse des geschäftlichen Vertrauens und des sicheren Verkehrs schützen. Die gleiche Erwägung liegt auch der Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuches zu Grunde, wonach die Abrede der Nichtcession dem gutgläubigen Erwerber einer Forderungsurkunde nicht entgegengehalten werden kann. Diese Vorschriften haben zwar mit der Frage der Succession nichts zu thun, sie beweisen aber doch, daß heutzutage das Bedürfniß vorliegt, die durch schriftliche Urkunden bestätigten Forderungen im Verkehrsinteresse nicht gleich zu behandeln wie gewöhnliche Forderungen, die vom Schuldner nicht schriftlich anerkannt sind. Man kann wohl nicht ohne Grund sagen, daß, wenn ein Schuldner selbst schriftlich die Forderung anerkennt, er diese Anerkennung nicht blos seinem Gläubiger, sondern auch einem weiteren Publikum gegenüber ausspreche, welches mit dem Gläubiger in Beziehung tritt, diese Forderungsurkunde als Pfand entgegennimmt, sich dieselbe cediren läßt u. s. w. Es dürfte deshalb bei einer Privatrechtskodifikation wohl dafür eingetreten werden, daß bei schriftlich beurkundeten Forderungen eine eigentliche Succession eingeführt werde. Die Succession mit ihren juristischen Konsequenzen, namentlich dem Ausschlusse der Einreden aus dem persönlichen Ver-



hältnisse zum Vormanne, dürfte den Verkehrsinteressen entschieden besser konveniren als die Grundsätze der Cession. Die Denunziation könnte dabei vollständig wegfallen; der Schuldner erfüllt überhaupt nur gegen Rückgabe oder Amortisation der Schuldurkunde. Im Interesse des Verkehrs müßte sogar noch eine Kategorie von Einwendungen unterdrückt werden, die sonst durchaus dem Prinzipe der Succession entsprechen. Es sind dies die Einwendungen aus Abmachungen, die nach der Entstehung der Forderung in Bezug auf diese getroffen worden sind und die in der Schuldurkunde nicht vermerkt wurden und dem Erwerber unbekannt geblieben sind. Der Schuldner hätte darauf zu dringen, daß bei Rechtsgeschäften mit dem Gläubiger in Ansehung der Forderung der Inhalt dieser Rechtsgeschäfte auf der Urkunde angegeben wird. Es könnten dann dem neuen Gläubiger nur Einwendungen entgegengehalten werden, welche 1) die Entstehung der Forderung bemängeln (Geschäftsunfähigkeit, Willensmängel rc.), 2) sich aus dem Inhalte der Schuldurkunde selbst ergeben oder 3) sich auf Normen des Rechts stützen, die dem Schuldner, ohne Rücksicht auf die Person des Gläubigers, zur Seite stehen, namentlich die Verjährungseinrede.

Daß eine solche Regelung der Cession von Schuldurkunden dem Verkehrsbedürfnisse entsprechen würde, lehrt die Beobachtung des täglichen Lebens. Häufig werden Darlehen aufgenommen gegen Verpfändung von Schuldurkunden, auch von Schuldverschreibungen (Obligationen), die Banken auf den Namen des Gläubigers ausstellen. Der Darleiher, obschon er die Solidität des Pfandes nicht bemängelt, muß sich aber doch zu seiner Sicherheit vergewissern, ob der Verpfänder nicht etwa der betreffenden Bank schuldig ist, sich nicht vielleicht daselbst für Jemanden verbürgt hat rc. Diese Informationen sind durchaus lästig und erschweren den Verkehr mit solchen Papieren sehr.

7.

Die Rentenschuld im B. G.B. und in seinen Nebengesetzen.[1]

Von Landgerichtsrath **Brettner** in Cottbus.

I.

Das B. G.B. handelt von der Rentenschuld grundlegend in den §§ 1199—1203. Der I. Entwurf verneinte für diese grundbuchmäßige Belastung, soweit sie über die Reallastform hinausging, die Bedürfniß- wie Nützlichkeitsfrage und verwarf sie deshalb. Anders der II. Entwurf. Die Redaktoren gaben dem Drängen der Agrarier nach und entschieden sich für die Bestimmungen, wie sie jetzt mit einer lediglich sprachlichen Aenderung im Abs. 2 § 1199 — das „ist" wurde in das gegenwärtige „muß" verwandelt — im Gesetze enthalten sind.

An diesen Rückblick mag sich ein Vorblick anschließen. Besonders lebensfähig und weitere Kreise erfassend wird diese Rechtsform trotz der „ehrlichen Probe", die ihr im Gesetze zu Theil geworden ist (s. Reatz 2. Les. des E. Bd. I S. 580), nicht werden. Dazu sind unsere Lebens- wie Güterverhältnisse viel zu beweglich und der Festnagelung von Kapitalien viel zu abhold. Auch ist mit Rücksicht auf die von landwirthschaftlicher Seite gehegten Hoffnungen an die auffallende Thatsache zu erinnern, daß die Rentenschuld zur Zeit nur in Hamburg, in Lübeck (Wiboldsrenten), in München (Ewiggelder), somit in großen Städten bekannt ist. (Mot. z. I. E. Bd. III S. 632, 604 und v. Roth, Privatr. Bd. III S. 482, 485). Die eisernen Kapitalien des B. G.B. für Sachsen (§§ 515, 518) sind von keiner Seite kündbare Renten und ebenso ist die rente perpetuel des c. c. (1911 ff.) verschieden von unserer Rentenschuld. Letztere erweist sich in Summa als ein kleines

[1] Vergl. die dem Reichstag vorgelegte Denkschrift S. 229.



und unschädliches Zugeständniß gegenüber dem Rufe der Agrarier: wir wollen ausschließlich Rentenbelastung.

Im weiteren Rechtssinne gelten zwar auch die Rente für den Grenzüberbau (911—916), die Rente für einen Nothweg (917), die als Reallast eingetragene Geldrente (1105), die Verpflichtung zur Leibrente (759 ff.) als Rentenschulden; aber im Sinne des B. G.B. fallen sie nicht darunter, weil sie der im § 1199[1] gegebenen Definition der Rentenschuld widersprechen. Rentenschulden und Rentenschuld sind verschiedene Rechtsbegriffe.

II.

Die Rentenschuld ist wie äußerlich — s. Ueberschrift zum zweiten Titel des 8. Abschnitts im 3. Buche — so auch innerlich mit der Grundschuld verschwistert, oder genauer ausgedrückt: Die Rentenschuld ist eine Grundschuld (1199), aber eine ungewöhnliche. Diese Bezeichnung kommt zwar im Gesetze nicht ausdrücklich vor, indessen läßt sie sich aus dem Gesetze recht wohl herleiten (s. „gewöhnliche" Grundschuld im § 1203). Das Ungewöhnliche, Besondere besteht im Folgenden. Für den Berechtigten, den Rentengläubiger ist eine doppelte alternative Leistung eingetragen, eine regelmäßig wiederkehrende Geldrente und eine deren Forterhebung beseitigende Ablösungssumme mit der Wirkung, daß dem Schuldner, d. i. dem Eigenthümer des Grundstücks, das Wahlrecht zwischen beiden Leistungen ausschließlich und nothwendig zusteht. Die eine Leistung ist eine unbedingte, die andere eine von dem Willen des Schuldners bedingte. Entscheidet der Schuldner sich für die Zahlung der Ablösungssumme, so muß er sie dem Berechtigten kündigen und die vertragsmäßige Kündigungsfrist, in deren Ermangelung die gesetzliche von 6 Monaten, innehalten. Sein Kündigungsrecht kann aber vertragsmäßig bis zu 30 Jahren ausgeschlossen werden. Erfolgt die darauf bezügliche Abrede erst nach erfolgter Eintragung der Rentenschuld, so sind u. E. hinsichtlich der Zeitdauer von 30 Jahren diejenigen Jahre mitzuzählen, in welchen sie bereits bestand; denn nach dem wirthschaftlichen Zweck soll der Eigenthümer über diese Zeit hinaus unter keinen Umständen gebunden sein. Gestatten die Landesgesetze — die gegenwärtigen oder die zukünftigen — nur eine kürzere Ausschließungsfrist, so ist diese maßgebend, das reichsgesetzliche Maximum tritt zurück (E.G. A. 117 letzter Satz und A. 3). Die Kündigungs-

frist und die zeitweise Ausschließung des Kündigungsrechts brauchen nicht eingetragen zu werden; es genügt die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung (1115, 1193).

Das Eigenthümliche der Rentenschuld liegt nicht in dem Wegfall der Kündigung des Gläubigers. Ein Gleiches kann auch bei den anderen Kreditformen, der Grundschuld und der Hypothek, vorkommen. Denn wenn im § 1193 gesagt wird „die Kündigung der Grundschuld steht sowohl dem Eigenthümer als dem Gläubiger zu" und dann weiter „abweichende Bestimmungen sind zulässig", so ist danach auch ein Abkommen statthaft, das die Kündigung für einen Vertragstheil, ja für beide Vertragstheile ausschließt. Dasselbe gilt für die Hypothek. Ist die Forderung verabredetermaßen für den Gläubiger unkündbar, so ist es auch die Hypothek, welche nur jene und so wie sie bedungen, sichern soll.[2]) Das Signifikante der Rentenschuld beruht vielmehr in dem Wahlrecht des Eigenthümers, in seiner Befugniß, die fortdauernde Leistung durch eine einmalige zu ersetzen.

III.

Aus dem Vorstehenden erhellt, daß dem Gläubiger jedes Kündigungsrecht fehlt, und daß er einen Anspruch auf Erhebung der Ablösungssumme erst durch die vorschriftsmäßige Kündigung des Schuldners erlangt. In letzterer Hinsicht giebt es eine Ausnahme, sobald der Thatbestand des § 1133 vorliegt, also die Sicherheit des Gläubigers durch eine — verschuldete oder zufällige — Verschlechterung des Grundstücks gefährdet ist und der Eigenthümer die Unsicherheit nicht beseitigt. Es kann hier die Frage entstehen, ob der klagende Gläubiger die Gefährdung der Rente oder der Ablösungssumme nachzuweisen habe. Wir meinen jenes, da sein wirklicher Anspruch lediglich in dem Rentenbezug besteht, die Ablösungssumme nicht in obligatione, sondern in solutione ist.

Unbedenklich ist die Annahme, daß Rentenschulden für den Inhaber und für den Eigenthümer eingetragen werden können, und daß der Eigenthümer durch Zahlung der Ablösungssumme die Rentenschuld für

[2]) Auch die Aufrechterhaltung des landesgesetzlichen Verbots unkündbarer Hypotheken und Grundschulden im A. 117 E.G. bestätigt, daß das B. G.B. deren Zulässigkeit annimmt.



sich erwirbt. Es folgt dies aus der Grundschuldnatur der Rentenschuld und aus § 1200.

Die Rentenschuld kann ohne Zustimmung sonstiger Realberechtigter in eine gewöhnliche Grundschuld oder in eine Hypothek und ebenso können diese Formen in jene Belastung umgewandelt werden (1203, 1198).

Wenn wir noch hinzufügen, daß die Rentenbezüge in 4 Jahren, die Rentenschulden überhaupt nicht verjähren (197, 223), so ist das Thema aus dem B. G.B. erschöpft. Denn die übrigen Vorschriften, in denen der Rentenschuld noch gedacht wird — 238, 439, 952, 1080, 1291, 1551, 1807, 1819, 2114, 2165, 2168 (Gesammtrentenschuld und A. 60, 180 E.G.) — geben zu irgend einer Bemerkung keine Veranlassung.

IV.

Unter Nebengesetzen der Ueberschrift sind die beiden Reichsgesetze vom 24. März 1897, die Grundbuchordnung sowie die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung betreffend, zu verstehen. Das erstere (S. 139) hat einen besonderen Abschnitt über Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld und gedenkt der Rentenschuld in den §§ 26, 27, 37, 38, 40, 43, 54, 65, 70, 97. Das zweite Gesetz (S. 97) spricht von unserer Rechtsfigur in elf Paragraphen, nämlich 50, 53, 54, 61, 67, 83, 126, 127, 130, 136, 184 und sind von diesen Vorschriften § 53 und § 54 bemerkenswerth.

Der § 53 Abs. 2 bestimmt wie für die Grundschuld auch für die Rentenschuld, daß, wenn diese stehen bleibt, also innerhalb des geringsten Gebots fällt, und der Schuldner (Subhastat) für die Schuld persönlich haftet, eine Schuldübernahme seitens des Erstehers im Sinne und nach Maßgabe des § 416 B. G.B. vorliegt, so daß letzterer einerseits dem Schuldner gegenüber verpflichtet ist, den Rentengläubiger zu befriedigen, andererseits persönlicher Schuldner des Gläubigers wird, nämlich wenn dieser in die Schuldübernahme einwilligt oder wegen seines Verhältnisses als einwilligend gilt. Indessen ist die Anwendung des § 416 noch davon abhängig gemacht, daß der Schuldner spätestens im Versteigerungstermine vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten die gegen ihn bestehende Forderung unter Abgabe ihres Betrages und Grundes anmeldet und auf Verlangen des Gerichts oder eines Betheiligten glaubhaft macht.

Der § 54 befaßt sich mit der Frage, wie weit eine Kündigung den Ersteher bindet und lautet: Die von dem Gläubiger dem Eigenthümer oder von diesem dem Gläubiger erklärte Kündigung ist dem Ersteher gegenüber nur wirksam, wenn sie spätestens in dem Versteigerungstermine vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten erfolgt, und bei dem Gericht angemeldet worden ist. Die Fassung ist offenbar ungenau, da eine Rentenschuld vom Gläubiger nicht gekündigt werden kann. Die Rentenschuld mußte im Texte wegbleiben und als Schlußsatz stehen: Das Gleiche gilt von der Kündigung einer Rentenschuld.

8.

Der Gesetzentwurf über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Von Amtsgerichtsrath **Jastrow** in Berlin.

Der zur Ausführung des B.G.B. gehörige „Entwurf eines Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit" ist jetzt im Reichsanzeiger (Erste Beilage zu Nr. 246 vom 19. Oktober 1897) veröffentlicht worden.*) Anscheinend handelt es sich hierbei erst um eine Vorlage an den Bundesrath. Motive sind dem Entwurf nicht beigegeben. Sehr kurz ist die Spanne Zeit, welche für die Besprechung dieses Gesetzentwurfes gegönnt ist. Auf eine vielseitige Erörterung desselben ist kaum zu rechnen: schon die Zahl der Juristen, welche sich mit der nicht streitigen Gerichtsbarkeit beschäftigen, ist nicht sehr groß; die breite Oeffentlichkeit wird erst recht kein besonders eifriges Interesse für den Entwurf an den Tag legen. Gleichwohl ist der Entwurf für unser Rechtsleben von großer Bedeutung. Es soll in Folgendem zu einer Reihe von Punkten Stellung genommen werden und zwar überwiegend mit Aufstellung fester Gegenvorschläge, weil im gegenwärtigen Stadium allein von dieser Methode noch ein möglicher Erfolg erhofft werden kann, wenn diesen Zeilen ein Erfolg überhaupt beschieden sein sollte. Der Entwurf zerfällt in 11 Abschnitte mit 189 Paragraphen. Abschnitt I (§§ 1—29) behandelt die „Allgemeinen Vorschriften", Abschnitt II (§§ 30—59) die Vormundschaftssachen, Abschnitt III (§§ 60—63) die Annahme an Kindes Statt, Abschnitt IV (§§ 64—66) den Personenstand, Abschnitt V (§§ 67—89) die Nachlaß- und Theilungssachen, Abschnitt VI (§§ 90—114) das Schiffspfandrecht, Abschnitt VII (§§ 115—148) die Handelssachen,

---

*) Auch in einer Sonderausgabe (Carl Heymanns Verlag) erschienen.

Abschnitt VIII (§§ 149—152) Vereinssachen und Güterrechtsregister, Abschnitt IX (§§ 153—156) Offenbarungseid, Untersuchung und Verwahrung von Sachen und Pfandverkauf, Abschnitt X (§§ 157—174) die gerichtlichen und notariellen Urkunden, Abschnitt XI (§§ 175—189) die Schlußbestimmungen.

Schon die Ueberschrift des Gesetzentwurfs muß Bedenken erregen. Sie übersetzt den althergebrachten Begriff der Extrajudizialien mit „freiwillige Gerichtsbarkeit". Diese Uebersetzung ist aber falsch und verwirrt das Sprachgefühl. Eine Gerichtsbarkeit ist freiwillig, wenn sie nur denjenigen gegenüber geübt wird, welche sie begehren (inter volentes). Dies paßt sicher auf eine Reihe von Prozeduren des Entwurfs, aber ganz zweifellos nicht auf alle. Denn es sind im Entwurf viele Prozeduren geregelt, in denen das staatliche imperium gegen Widerwillige thätig wird. Solche Akte als „freiwillige Gerichtsbarkeit" zu bezeichnen, ist ein Widersinn. Dahingegen giebt es einen sehr guten und auch technisch hergebrachten Ausdruck für dasjenige, was man meint; nämlich „Angelegenheiten der nicht streitigen Gerichtsbarkeit", das sind nämlich alle diejenigen Angelegenheiten, welche bei den Gerichten zwar als Jurisdiktionssachen (im Gegensatz zu den Verwaltungssachen), aber nicht in der Form eines Streites (Prozesses) verhandelt werden. Von diesen Angelegenheiten bildet die eigentliche „freiwillige Gerichtsbarkeit", das sind die acta inter volentes, einen Theil. In dieser Art ist die gesetzliche Terminologie wenigstens in Preußen stets gehandhabt worden. Die A.G.O. (Einl. z. Th. II) beruht auf dieser Unterscheidung, die Verordnung vom 2. Januar 1849 (G.S. S. 1) § 22 Nr. 7 u. 8 ebenfalls; das Geschäftsregulativ vom 18. Juli 1850 sagt in § 7 Abs. 2 ausdrücklich:

> Die zweite Abtheilung bearbeitet die Handlungen der nicht streitigen Gerichtsbarkeit, also die Nachlaß-, Vormundschafts-, Kuratel- und Hypothekensachen, sowie die Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Genau dieselbe Terminologie tragen die Hannoversche Notariatsordnung v. 18. September 1853 in § 9 Abs. 1 verglichen mit Abs. 2 Nr. 2, ebenso die Verordnungen vom 26. Juni 1867 über die Gerichtsverfassung für Schleswig-Holstein § 15 Nr. 3, für Kurhessen § 5 Nr. 3, für Nassau § 5 Nr. 3, sowie das A.G. zum preuß. G.V.G. vom 24. April 1878 §§ 26, 27, 91 und das — erst kürzlich erlassene



— Preußische Gerichtskostengesetz vom 25. Juni 1895 (cf. die Ueberschrift zu Th. I). Auch die Reichsgesetzgebung ist bisher dieser Ausdrucksweise gefolgt. So in § 12 Abs. 2 des Gesetzes über die Konsulargerichtsbarkeit vom 10. Juli 1879 verbunden mit der Instruktion dazu vom 10. September 1879 (Centralblatt S. 575) zu § 44 Abs. 4 und namentlich im Personenstandsgesetz vom 6. Februar 1875 § 11 Abs. 3 und § 66 Abs. 3. Für die fraglichen Angelegenheiten giebt es in Preußen seit 1879 eine einheitliche höchste Rechtsprechung im Kammergericht; das offizielle Publikationsorgan hierfür nennt sich „Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der nicht streitigen Gerichtsbarkeit".[1]) Weshalb nun jetzt eine so unpassende Terminologie? Man könnte vielleicht die Gegenfrage stellen: weshalb so viel Kritik, wo es sich doch blos um den Ausdruck handelt? Aber es muß als Theil der Gesetzesarbeit verlangt werden, daß der Gesetzesausdruck nicht etwa geradezu unrichtiges besagt, denn das führt zur Diskreditirung der Gesetzessprache. Nach dem Entwurf steht es so: Wenn der Registerrichter einem Menschen, der durchaus kein Kaufmann zu sein behauptet, anbefiehlt, sich in das Register eintragen zu lassen und ihn dazu durch Strafen zwingt, dann ist dies eine „freiwillige Gerichtsbarkeit"; wenn der Vormundschaftsrichter der geschiedenen Frau das geliebte Kind fortnehmen läßt oder wenn er einen achtzehnjährigen Menschen in eine Besserungsanstalt schickt und ihn durch den Gensdarm zwangsweise dorthin schleifen läßt, dann übt er gegen diese Personen einen Akt „freiwilliger Gerichtsbarkeit". Das sind Unrichtigkeiten, wie sie die Gesetzestechnik sich nicht zu Schulden kommen lassen darf. Soll das Wort des Gesetzes eine bloße Formel sein, dann kann man die Gerichtsbarkeit auch Alpha- oder Omega-Gerichtsbarkeit nennen und kann für den Juristen definiren, was darunter zu verstehen ist. Soll aber für unsere Gesetzessprache der Satz gelten, daß, wenn der Mensch die Worte hört, er

[1]) Daß es auch Autoren giebt, die eine andere Terminologie benutzen, z. B. Merkel, das Notariat und die willkürliche Gerichtsbarkeit (Leipzig 1860), ist richtig, ändert aber nichts an der Verkehrtheit der Ausdrucksweise. Auch Merkel spricht übrigens (S. 2) von der „willkürlichen oder nicht streitigen Gerichtsbarkeit".

Was die Beispiele des Textes betrifft, so bitte ich hier und im Folgenden die außerpreußischen Leser, keinen Anstoß daran zu nehmen, daß sie überwiegend dem Preußischen Recht entlehnt sind. Die Eile bei der Herstellung der Arbeit nöthigte zur Beschränkung auf das zur Hand befindliche Material.

glauben darf, es müsse sich dabei auch etwas denken lassen, dann dürfen Sprachfehler solcher Art nicht gemacht werden.

Die richtige Ueberschrift wäre demnach: „Gesetz über die Angelegenheiten der nicht streitigen Gerichtsbarkeit". Hiergegen ist nun freilich folgendes einzuwenden. Im Art. 1 des Einf.Ges. zum B. G.B. stehen einmal bereits die Worte, daß das B. G.B. gleichzeitig mit „einem Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit" in Kraft treten soll. Ueberschreibt man nun das neue Gesetz anders, so könnte Jemand behaupten, das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sei danach noch nicht erlassen und das B. G.B. sei danach noch nicht in Kraft getreten. Will man dieses Bedenken heben und sich nicht etwa entschließen, in einer der Schlußbestimmungen des neuen Gesetzes zu sagen, daß letzteres zugleich das vorbehaltene Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit darstelle, dann fasse man die Ueberschrift dahin:

> „Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen und der nicht streitigen Gerichtsbarkeit".

Dann ist allen Gesichtspunkten Rechnung getragen.

Wir gehen nun zum Inhalt des Gesetzentwurfes über.

I. Allgemeine Vorschriften.

Aus den allgemeinen Vorschriften betrachten wir zunächst die unter einander im Zusammenhang stehenden §§ 1, 2, 7 und 8. Dieselben bestimmen:

§ 1.

> Für diejenigen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, welche durch Reichsgesetz den Gerichten übertragen sind, gelten, soweit nicht ein Anderes bestimmt ist, die nachstehenden allgemeinen Vorschriften.

§ 2.

> Die Gerichte haben sich Rechtshülfe zu leisten. Die §§ 159—169 des Gerichtsverfassungsgesetzes finden Anwendung.

§ 7.

> Auf das gerichtliche Verfahren finden die Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes über die Gerichtssprache, über die Sitzungspolizei und über die Berathung und Abstimmung ent-

sprechende Anwendung, die Vorschriften über die Gerichtssprache mit der Maßgabe, daß die Vorschriften der §§ 169, 170 dieses Gesetzes über die Zuziehung, den Verzicht auf die Beeidigung und über die Ausschließung eines Dolmetschers für alle im § 1 bezeichneten Angelegenheiten gelten.

§ 8.

Auf das gerichtliche Verfahren sind die Gerichtsferien ohne Einfluß. Die Bearbeitung der Vormundschaftssachen und der Nachlaßsachen kann während der Ferien unterbleiben, soweit das Bedürfniß einer Beschleunigung nicht vorhanden ist.

Zunächst entsteht die Frage, ob unter die Angelegenheiten des § 1 auch die Grundbuchsachen fallen. Die organisatorischen Bestimmungen für die Grundbuchsachen sind allerdings anders gerathen, als die für die Vormundschafts- und Nachlaßsachen. Die letzteren sind nämlich durch das B. G.B. im Prinzip den Gerichten überwiesen, jedoch mit der Befugniß für die Landesgesetzgebung, die Funktionen der Gerichte erster Instanz anderen Behörden zu überweisen (Art. 147 des Einf.Ges.). Das Grundbuchwesen ist dagegen durch die G.B.O. den „Grundbuchämtern" überwiesen ohne irgend eine Vorschrift, daß diese Behörden die Gerichte sein sollen. Insofern würde man allerdings zu der Annahme kommen müssen, daß zu den Angelegenheiten, „welche durch Reichsgesetz den Gerichten übertragen sind", die Grundbuchsachen nicht zählen können. Allein dieses gilt nur für die erste Instanz. Die Entscheidungen zweiter und dritter Instanz sind auch für die Grundbuchsachen ausschließlich den ordentlichen Gerichten zugewiesen, und zwar ganz in derselben Art, wie es im vorliegenden Gesetz betreffs der übrigen nicht streitigen Sachen geschieht (G.B.O. §§ 71—81). Die Thätigkeit der Beschwerdeinstanzen gehört demnach auch in Grundbuchsachen zu „denjenigen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, welche durch Reichsgesetz den Gerichten übertragen sind". Es ist deshalb die diesseitige Meinung, daß auch das vorliegende Gesetz auf diese Thätigkeit Anwendung findet, insoweit nicht die G.B.O. ein anderes bestimmt. Freilich ergiebt sich dann, daß die G.BO. einzelne, mit dem vorliegenden Gesetz identische Vorschriften, wie namentlich bezüglich des Instanzenzuges, enthält, welche zu treffen nicht nöthig gewesen wäre, wenn der allgemeine Theil des vorliegenden Gesetzes auch für die Beschwerdethätigkeit in Grundbuchsachen gelten soll. Allein dieser Umstand, — der darauf zu schieben ist, daß die beiden Gesetze

zu verschiedenen Zeiten gearbeitet sind, — vermag in der hier vertretenen Auffassung um so weniger etwas zu ändern, als die Anwendbarkeit des vorliegenden Gesetzes auf die Rechtsmittelinstanz in Grundbuchsachen eine sachliche Nothwendigkeit ist, wenn nicht eine Lücke entstehen soll. So würde es z. B. an einer Vorschrift über die Abstimmung in den Beschwerdegerichten fehlen, wenn nicht § 7 des vorliegenden Gesetzes die betreffende Norm enthielte.

Von der vorstehenden Auffassung über den Inhalt des Gesetzes wird im Folgenden ausgegangen. Die diesseitige Meinung geht aber dahin, daß es hierbei nicht bewenden soll. Die bedauerliche Thatsache, daß es an jeder einheitlichen Organisation der Grundbuchämter fehlt, ist im gegenwärtigen Stadium allerdings nicht mehr rückgängig zu machen. Aber es ist doch ganz sicher, daß im größten Theile des Reiches und zugleich in den meisten Bundesstaaten die Funktion der Grundbuchämter den Gerichten überwiesen werden wird. Für den Fall, daß dieses geschieht, kann auch die Thätigkeit der Grundbuchämter in einer Reihe von Punkten dem vorliegenden Gesetz unterstellt werden. Wird hierbei auch nur ein subsidiäres Reichsrecht geschaffen, so ist dies doch besser als keines. Und im Grunde genommen steht es betreffs der Vormundschafts- und Nachlaßsachen nicht allzuviel anders, da doch auch hier die Landesgesetzgebung die gerichtliche Thätigkeit erster Instanz ausschalten kann, wenn sie will. Diese Erwägungen waren hier vorauszuschicken, weil die nachstehend vorgeschlagenen Aenderungen auf ihnen beruhen.

Was nun die §§ 1, 2, 7 und 8 betrifft, so enthalten diese die einzigen Bestimmungen des G.V.G., welche auf die nicht streitige Gerichtsbarkeit Anwendung finden sollen. Man ist dabei wohl zu der Frage berechtigt: weshalb wird denn nicht grundsätzlich das ganze G.V.G. auf die nicht streitige Gerichtsbarkeit angewendet? Obenan steht der § 1 des G.V.G. über die Unabhängigkeit der Gerichte. Soll er in der That bei der nicht streitigen Gerichtsbarkeit außer Anwendung bleiben? Ist es die Meinung, daß die Verwaltung den Gerichten soll befehlen können, wie sie in Extrajudizialien das Recht handhaben sollen? Thatsächlich existirt in einzelnen deutschen Ländern dieser Zustand, so z. B. im Königreich Sachsen. Aber er ist zu verwerfen. Die nicht streitige Gerichtsbarkeit enthält gerade so gut jurisdiktionelle Akte, wie die streitige, und bei der großen Ausdehnung, die das B.G.B. der Kompetenz



des Vormundschaftsrichters gegeben hat, sogar viele Akte von sachlich demselben Inhalt wie Entscheidungen des Prozeßrichters, so namentlich bei gewissen Streitigkeiten unter Eheleuten oder geschiedenen Eheleuten, welche aus praktischen Gründen vor den Vormundschaftsrichter gewiesen sind. Es liegt aber überhaupt gar kein Grund vor, die nicht streitige Gerichtsbarkeit in solcher Weise als Stiefkind der Gerichtsverfassung zu behandeln, wie dies hier geschieht. Wenn das Reich das Verfahren in nicht streitigen Sachen jetzt regelt und dabei wenigstens als Prinzip aufstellt, daß die nicht streitige Gerichtsbarkeit durch die ordentlichen Gerichte zu handhaben ist, so wird damit die für die streitigen Sachen bestehende Gerichtsverfassung zugleich zur Gerichtsverfassung für die nicht streitigen Sachen. Dementsprechend müßte das Gerichtsverfassungsgesetz ergänzt und geändert werden.[2]) Hierzu würden an Stelle der §§ 1, 2, 7, 8 die folgenden Bestimmungen vorzuschlagen sein.

„§ 1.

An die Stelle der §§ 12, 13, 24, 70 Abs. 1, 71, 120, 123, 132, 135, 156, 157, 170, 204 des Gerichtsverfassungsgesetzes treten die folgenden Vorschriften.[3]) Hinter den § 193 des Gerichtsverfassungsgesetzes wird dabei die nachstehende Vorschrift des § 193a eingeschaltet.

---

[2]) Der Hinweis darauf, daß nach Art. 147 des Einf.Ges. z. B.G.B. für Vormundschafts- und Nachlaßsachen die Gerichtsverfassung des Reiches nur subsidiäres Recht darstelle, ist nicht durchschlagend. Die Vorschrift des Art. 147 ist zwar sehr bedauerlich, aber die danach zugelassene Verschiedenheit ist, im Prinzip genommen, kaum größer als bei der streitigen Gerichtsbarkeit. Auch hier gehören nach § 13 G.V.G. nur diejenigen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vor die ordentlichen Gerichte, welche die Landesgesetzgebung nicht vor die Verwaltungsbehörden verweist. Grundsätzlich kann aber die Landesgesetzgebung alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vor die Verwaltungsbehörden verweisen und dadurch die Gerichtsverfassung des Reiches völlig aushöhlen. Hoffentlich wird dieser Zustand bei der Revision des G.V.G. aus Anlaß des B.G.B. geändert; aber zur Zeit besteht er noch. Wenn es möglich war, trotz dessen eine einheitliche Gerichtsverfassung für den Civilprozeß zu schaffen, dann kann auch die Möglichkeit, daß die Landesgesetzgebung die Vormundschafts- und Nachlaßsachen den Gerichten — immerhin nur in erster Instanz — entziehen kann, keinen Grund bilden, von einer einheitlichen Gerichtsverfassung deshalb abzusehen. Zudem erschöpfen die Vormundschafts- und Nachlaßsachen doch noch bei Weitem nicht die ganze nicht streitige Gerichtsbarkeit.

[3]) Harmonischer wäre es vielleicht noch, diese Vorschriften in das — ohnehin zu erlassende — Gesetz über Aenderung des G.V.G. zu verweisen.

§ 12. Die ordentliche Gerichtsbarkeit[4]) wird durch Amtsgerichte und Landgerichte, durch Oberlandesgerichte und durch das Reichsgericht ausgeübt.

§ 13. Vor die ordentlichen Gerichte gehören:
1. alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten u. s. w. (wie bisher),
2. die in den Reichsgesetzen den Gerichten zugewiesenen von den Prozeßordnungen nicht betroffenen Angelegenheiten (nicht streitige Rechtssachen).

§ 24. Im Uebrigen wird die Zuständigkeit und der Geschäftskreis der Amtsgerichte durch die Vorschriften dieses Gesetzes, der Prozeßordnungen *und des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen und der nicht streitigen Gerichtsbarkeit*[5]) bestimmt.

§ 70 Abs. 1. Vor die Civilkammern, einschließlich der Kammern für Handelssachen, gehören:
1. alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, welche nicht den Amtsgerichten zugewiesen sind.
2. *die den Landgerichten zugewiesenen Geschäfte in nicht streitigen Rechtssachen.*

§ 71. Die Civilkammern sind die Berufungs- und Beschwerdegerichte in den vor den Amtsgerichten verhandelten bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten; *sie sind ferner die Beschwerdegerichte* in den vor den Amtsgerichten verhandelten *nicht streitigen Rechtssachen.*

§ 120. Bei den Oberlandesgerichten werden Civil- und Strafsenate gebildet.

Die Entscheidungen in nicht streitigen Rechtssachen erfolgen durch einen Civilsenat.

§ 123. Die Oberlandesgerichte sind zuständig für die Verhandlung und Entscheidung über die Rechtsmittel:
1.—5. (wie bisher).

6. *der Beschwerde gegen Entscheidungen der Landgerichte in nicht streitigen Rechtssachen.*

§ 132. Bei dem Reichsgerichte werden Civil- und Strafsenate gebildet. Die Zahl derselben bestimmt der Reichskanzler.

Die Entscheidungen in nicht streitigen Rechtssachen erfolgen durch einen Civilsenat.

§ 135. Das Reichsgericht ist zuständig für die Verhandlung und Entscheidung über die Rechtsmittel:
1. der Revision gegen die Endurtheile der Oberlandesgerichte in *bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten.*

---

[4]) Gegenwärtig heißt es: „Die ordentliche *streitige* Gerichtsbarkeit".

[5]) Die gesperrten Worte bezeichnen hier und im Folgenden die vorgeschlagenen Aenderungen des geltenden Rechts.

2. der Beschwerde gegen Entscheidungen der Oberlandesgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten.
3. der Beschwerde in nicht streitigen Rechtssachen nach Maßgabe der Grundbuchordnung und des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen und der nicht streitigen Gerichtsbarkeit.

§ 156. Der Gerichtsvollzieher ist von der Ausübung seines Amtes kraft Gesetzes ausgeschlossen:

I in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und in nicht streitigen Rechtssachen (u. s. w. wie bisher).

§ 157. Die Gerichte haben sich[6]) Rechtshülfe zu leisten.

§ 170. In bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und in Strafsachen erfolgt die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht, einschließlich der Verkündung der Urtheile und Beschlüsse desselben öffentlich.

§ 193a. Bei der gerichtlichen Beurkundung von Rechtshandlungen der Parteien finden die Bestimmungen dieses Titels nur unbeschadet der besonderen Vorschriften des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen und der nicht streitigen Gerichtsbarkeit Anwendung.[7])

§ 204. Auf das Mahnverfahren, das Zwangsvollstreckungsverfahren, das Konkursverfahren und auf die nicht streitigen Rechtssachen sind die Ferien ohne Einfluß.

---

[6]) Gegenwärtig heißt es hier im Text: „in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und in Strafsachen". Dieser Zusatz ist schon jetzt überflüssig. Denn § 2 des Einf.Ges. besagt, daß alle Vorschriften des G.V.G., mithin auch diejenigen über die Rechtshülfe sich nur auf die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit beziehen. Mit der im Text vorgeschlagenen Aenderung des § 2 ergiebt sich zugleich von selbst, daß die Bestimmungen über die Rechtshülfe sich fortan auch auf die nicht streitigen Rechtssachen beziehen.

[7]) Mit diesem Vorbehalt erscheint dem Bedürfniß vollkommen genügt. Wenn § 7 des Entwurfs die besonderen Vorschriften nicht auf das reine Beurkundungswesen beschränken, sondern auf alle nicht streitigen Rechtssachen ausdehnen will, so ist hierfür kein Bedürfniß vorhanden. Wenn Eheleute vor dem Vormundschaftsrichter einen Streit ausmachen und der fungirende Dolmetscher ein Feind des Mannes oder der Frau ist, weshalb sollen letztere nicht das Ablehnungsrecht gemäß § 193 des G.V.G. mit § 371 der C.P.O. ausüben dürfen? Nach dem Entwurf wäre dies nicht statthaft. Fast scheint es, als ob die Gesetzüberschrift („freiwillige Gerichtsbarkeit") hier schon eine sachliche Verwirrung angerichtet habe. Für Prozeduren, die inter volentes geführt werden, passen die Vorschriften über den Dolmetscher vollständig; wer nicht mitthun will, kann's bleiben lassen. Aber wo ein Zwang zum Verhandeln stattfindet, da ist derselbe Rechtsschutz erforderlich, wie in streitigen Sachen.

Die Bearbeitung der Vormundschaftssachen und der Nachlaßsachen kann während der Ferien unterbleiben, soweit das Bedürfniß einer Beschleunigung nicht vorhanden ist.

§ 2.

An die Stelle der §§ 2 und 9 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetz treten die folgenden Vorschriften.

§ 2. Die Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes finden nur auf die ordentliche*) Gerichtsbarkeit und deren Ausübung Anwendung.

Sofern die ordentlichen Gerichte zu Grundbuchämtern bestimmt werden, findet das Gerichtsverfassungsgesetz auch auf die Thätigkeit der Grundbuchämter Anwendung. Die Grundbuchsachen gelten hierbei als nicht streitige Rechtssachen.

§ 9. Durch die Gesetzgebung eines Bundesstaates, in welchem mehrere Oberlandesgerichte errichtet werden, kann die Verhandlung und Entscheidung der zur Zuständigkeit der Oberlandesgerichte gehörenden Revisionen und Beschwerden in Strafsachen ausschließlich einem der mehreren Oberlandesgerichte zugewiesen werden.

Das Gleiche gilt für das zur Zuständigkeit der Oberlandesgerichte gehörige Rechtsmittel der weiteren Beschwerde in nicht streitigen Rechtssachen. Die Zuweisung kann an Stelle des Oberlandesgerichts auch an das oberste Landesgericht erfolgen.**)

§ 2a.

Für die nichtstreitigen Rechtssachen (G.V.G. § 13 Nr. 2) gelten, soweit nicht ein Anderes bestimmt ist, die nachstehenden allgemeinen Vorschriften."

Wird in dieser Weise das Gerichtsverfassungsgesetz durchrevidirt, dann wird die nicht streitige Gerichtsbarkeit als ebenbürtiges Glied in der Gerichtsverfassung erscheinen und die einzelnen Fragen derselben werden eine harmonische Lösung finden. Die §§ 7 und 8 des Entwurfs würden nach Vorstehendem fortfallen.

Die §§ 3 und 4 des Entwurfs enthalten Zuständigkeitsbestimmungen für die Exterritorialen und ähnliche Fälle und über die Priorität bei mehreren zuständigen Gerichten. Alsdann gehören die §§ 5 und 12 wieder zusammen. Sie bestimmen:

*) Gegenwärtig heißt es: „auf die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit".
**) Vgl. hierzu unten den § 188 des Entwurfs.

§ 5.

Besteht Streit oder Ungewißheit über die örtliche Zuständigkeit mehrerer Gerichte, so wird das örtlich zuständige Gericht durch das gemeinschaftliche obere Gericht bestimmt. Ist das an sich zuständige Gericht in einem einzelnen Falle an der Ausübung des Richteramts rechtlich oder thatsächlich verhindert, so erfolgt die Bestimmung durch das ihm im Instanzenzuge vorgeordnete Gericht.

Eine Anfechtung der Entscheidung findet nicht statt.

§ 12.

Auf das gerichtliche Verfahren finden die Vorschriften der Civilprozeßordnung über den Zeugenbeweis, über den Beweis durch Sachverständige und über das Verfahren bei der Abnahme von Eiden entsprechende Anwendung. Ueber die Beeidigung eines Zeugen oder Sachverständigen entscheidet jedoch, unbeschadet der §§ 358, 367 der Civilprozeßordnung, das Ermessen des Gerichts.

Hier ist wiederum zu wenig von den Bestimmungen der C.P.O. zur Anwendung gebracht. Allerdings kann man nicht in Pausch und Bogen die C.P.O. für anwendbar auf die nicht streitigen Sachen erklären und sich dabei auf einige Vorbehalte und Besonderheiten beschränken. Es kann sich vielmehr nur um die Anwendung eines Theiles dieser Vorschriften handeln. Aber dieser Theil kann und muß weiter gegriffen werden, als es hier geschehen ist. Sonst entstehen Lücken, bei denen man entweder mit Hülfe der Analogie dennoch auf die C.P.O. zurückgreifen muß oder denen man rathlos gegenübersteht. Diesseits werden an Stelle der §§ 5 und 12 die folgenden Vorschriften vorgeschlagen.

„§ 5.

Auf das gerichtliche Verfahren finden folgende Vorschriften der C.P.O. entsprechende Anwendung:

1. die Vorschriften über die Bestimmung des zuständigen Gerichts (§§ 36, 37).
2. die Vorschriften über Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen (§§ 41—49).

3. die Vorschriften über das Armenrecht (§§ 106—118),[10]) nebst den Bestimmungen der §§ 34—36 der Rechtsanwaltsordnung.[11])
4. die Vorschriften über die Abhaltung der Termine (§ 195), über die Würdigung von Thatsachen und Beweisen (§§ 259, 264, 265) und über die Glaubhaftmachung (§ 266).
5. die Vorschriften über den Beweis durch Augenschein, den Zeugenbeweis und den Beweis durch Sachverständige und durch Urkunden (§§ 336—409), jedoch vorbehaltlich der §§ 5 b bis 5 d.
6. die Vorschriften über das Verfahren bei der Abnahme von Eiden (§§ 440—446).

§ 5 a.

Als Parteien im Sinne des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Civilprozeßordnung sind diejenigen Personen anzusehen, auf deren Antrag oder zu deren Gunsten ein Verfahren stattfindet oder gegen welche ein Verfahren gerichtet ist.

§ 5 b.

Eine Verpflichtung, sich als Zeuge vernehmen zu lassen, findet unbeschadet der §§ 341, 348, 349 der C.P.O. nicht statt, wenn das Gericht nach billigem Ermessen dafür hält, daß dem Zeugen eine Offenbarungspflicht nicht zuzumuthen ist.[12])

§ 5 c.

Ueber die Beeidigung eines Zeugen oder Sachverständigen entscheidet, unbeschadet der §§ 358—367 der C.P.O., das Ermessen des

[10]) Das Armenrecht ist für viele Prozeduren hier ganz ebenso nöthig, wie im Civilprozeß. Wenn eine geschiedene Frau gegen ihren Mann auf Alimente klagt, so hat sie das Armenrecht. Wenn sie beim Vormundschaftsrichter die Herausgabe ihres Kindes nachsucht, weshalb soll sie keinen Anspruch darauf haben? Zu erwägen mag allerdings sein, ob gewisse Sachen, z. B. Registersachen, vom Armenrecht auszuschließen sind.

[11]) Es wird überhaupt erforderlich sein, auch die Rechtsanwaltsordnung derart zu revidiren, daß sie auf das Auftreten der Rechtsanwälte in nicht streitigen Sachen mit bezogen wird.

[12]) Die Ausdehnung des Zeugnißzwanges auf alle nicht streitigen Rechtssachen ist ungemein weittragend. Bei der großen Mannigfaltigkeit und Unübersehbarkeit der Fälle ist mindestens eine Kautel nach Art des Textes erforderlich.

Gerichts. Das Gericht ist befugt, statt der Beeidigung eine Versicherung an Eides Statt zu erfordern.

§ 5d.

Die Ableistung eines Eides über den Nichtbesitz von Urkunden (C.P.O. § 391) findet nicht statt.

§ 5e.

Das Gericht ist befugt, die Beweisaufnahme einem beauftragten oder ersuchten Richter zu übertragen.

§ 5f.

Den Betheiligten ist gestattet, der Beweisaufnahme beizuwohnen."

§ 9 des Entwurfs schreibt vor:

> Anträge und Erklärungen können zum Protokoll eines Gerichtsschreibers erfolgen.

Diese Vorschrift erscheint mißverständlich und auch unzureichend. Es wird statt ihrer folgende Bestimmung vorgeschlagen:

> „Diejenigen Verhandlungen, welche das Gesetz dem Gericht zuweist, müssen vor einem Richter erfolgen. Anträge und Erklärungen anderer Art können vor einem Gerichtsschreiber erfolgen.
>
> Die Gerichtsschreiber bei den Amtsgerichten sind verpflichtet, Anträge und Erklärungen letzterer Art, einschließlich der Beschwerden, zu Protokoll zu nehmen. Das Protokoll ist erforderlichen Falles der zuständigen Stelle zu übersenden."

§ 11 des Entwurfs bestimmt:

> Die Betheiligten können sich, soweit nicht das Gericht das persönliche Erscheinen anordnet, durch Bevollmächtigte vertreten lassen. Die Bevollmächtigten haben auf Anordnung des Gerichts oder auf Verlangen eines Betheiligten die Bevollmächtigung durch eine öffentlich beglaubigte Vollmacht nachzuweisen.

Der erste Satz dieser Vorschrift beschränkt die Parteien in einer bisher ganz unbekannten Art. Die Parteien sollen danach, wenn das Gericht das persönliche Erscheinen anordnet, nicht nur im Falle des Ausbleibens, sondern auch bei ihrem Erscheinen sich eines Bevollmächtigten nicht bedienen dürfen. Das geht entschieden zu weit, zumal über das Mitbringen von Beiständen nichts verordnet ist. Man mag die Parteien zum persönlichen Erscheinen nöthigen. Aber wenn sie kommen, darf man ihnen nicht verbieten, einen Bevollmächtigten

mitzubringen und durch diesen zu verhandeln. Der Richter kann hierbei die Partei selbst befragen; aber in wie weit die letztere antworten will, ist ihre eigene Sache. Das gegentheilige Prinzip enthält nahezu eine Vergewaltigung der Parteien. Man muß hierbei auch bedenken, daß nicht alle Richter mit der Anordnung des persönlichen Erscheinens salomonische Tendenzen verfolgen; mancher Richter mag das persönliche Erscheinen anordnen, weil er meint, durch seine Autorität — die leider manchmal auch in etwas scharfem Anlassen der Parteien besteht — über „eklige" Punkte besser hinwegzukommen, als mit dem vertretenden Rechtsanwalt. Unter keinen Umständen dürfen derartige Tendenzen eine Aufmunterung in der Art erfahren, daß der Richter nur das persönliche Erscheinen anzuordnen braucht, um sich selbst dadurch der Kontrole eines Rechtsanwaltes zu entziehen.

Auch sonst ist der § 11 für die einschlägigen Fragen nicht erschöpfend. Es werden statt seiner folgende Bestimmungen vorgeschlagen.

„§ 11.

Die Betheiligten können sich durch Bevollmächtigte vertreten lassen und mit Beiständen erscheinen.

Das Gericht kann das persönliche Erscheinen eines Betheiligten anordnen. Es kann an diese Anordung den Zusatz knüpfen, daß im Falle des Ausbleibens ein Bevollmächtigter nicht zugelassen werden wird.

§ 11a.

Der Bevollmächtigte hat die Bevollmächtigung durch eine schriftliche Vollmacht nachzuweisen und diese zu den Gerichtsakten abzugeben. Eine Privaturkunde muß auf Anordnung des Gerichts oder auf Verlangen eines Betheiligten öffentlich beglaubigt werden.

§ 11b.

Auf das gerichtliche Beurkundungswesen (§ 157) findet der Abs. 2 des § 11 und der § 11a keine Anwendung.[12a])

[12a]) Nach dem Entwurf würde der Richter befugt sein, wenn ein Bevollmächtigter einen Kaufvertrag abschließen will, zu erklären, es müsse der Machtgeber selbst kommen. Das kann wohl nicht in der Absicht gelegen haben.

Auch die Beibringung der Vollmacht ist beim Beurkundungswesen keine Offizialsache. Es muß dem Bevollmächtigten überlassen werden, die Handlung auf seine Verantwortung beurkunden zu lassen.



§ 11c.

Eine Vertretung durch Bevollmächtigte findet nicht statt, wenn die Vornahme einer Handlung durch Stellvertreter gesetzlich ausgeschlossen ist.

§ 11d.

Handelt Jemand für eine Partei als Geschäftsführer ohne Auftrag oder als Bevollmächtigter ohne Beibringung einer Vollmacht, so kann er gegen oder ohne Sicherheitsleistung für Kosten und Schäden zur Vertretung einweilen zugelassen werden. Eine Entscheidung, welche der Rechtskraft unterliegt, darf erst erlassen werden, nachdem die für die Beibringung der Genehmigung zu bestimmende Frist abgelaufen ist."[13])

§ 13 regelt die Bekanntmachung gerichtlicher Verfügungen. Auf diese sollen die Vorschriften der C.P.O. über Zustellungen Anwendung finden, „wenn mit ihr der Lauf einer Frist beginnt". Es dürfte hinzuzufügen sein: „oder wenn es sich um eine Ladung handelt, deren Nichtbeachtung Nachtheile zur Folge hat".

Die §§ 16—27 handeln von der Beschwerde.

§ 16 Abs. 1 bestimmt:

> Gegen die Verfügungen des Gerichts erster Instanz findet das Rechtsmittel der Beschwerde statt.

Hier scheint der Zusatz empfehlenswerth:

> „Die Beschwerde findet auch statt, wenn das Gericht eine gerichtliche Beurkundung (§§ 157—173) aus anderen Gründen als solchen, die im Geschäftsgang beruhen, vorzunehmen verweigert."

Das Gesetz läßt es zweifelhaft, ob solche Beanstandungen des Gerichts, z. B. weil das beabsichtigte Geschäft unzulässig sei oder weil der Antragsteller nicht legitimirt sei, u. dgl., der gerichtlichen Beschwerde unterliegen und es sind namentlich in Preußen über diese Frage verschiedene Meinungen entstanden.[14]) Sachlich ist es sicher gerechtfertigt,

[13]) Vorschriften über die negotiorum gestio sind durchaus nöthig geworden, seitdem die nicht streitigen Rechtssachen eine so weite Ausdehnung wie nach dem B.G.B. gewonnen haben. Wenn z. B. ein Mann die Ersetzung der Zustimmung seiner Frau zum Hausverkauf gerade zu einer Zeit nachsucht, in welcher die Frau verreist ist, soll da nicht ein Verwandter der Frau zu Gunsten der letzteren als negotiorum gestor auftreten dürfen?

[14]) Vergl. Jahrb. f. Entsch. des Kammergerichts Bd. XII S. 3 und dazu

für derartige materielle Beanstandungen die gerichtliche Beschwerde zu gewähren.

Abs. 2 des § 16 bestimmt:

> Ueber die Beschwerde entscheidet das Landgericht, in dessen Bezirk das Gericht seinen Sitz hat.

Hier ist die Redaktion mißlungen. Statt der gesperrten Worte muß es heißen: „das im Instanzenzuge vorgesetzte Landgericht". Es würde auch genügen zu sagen: „das Landgericht". Es giebt nämlich Amtsgerichte, die gar nicht in ihrem Bezirk und auch nicht im Bezirk des vorgesetzten Landgerichts ihren Sitz haben. So z. B. sind das Amtsgericht Berlin II und das Landgericht Berlin II die Gerichte für den Landbezirk Berlin. Ihren Sitz haben diese Gerichte aber in Berlin am Halleschen Ufer, welches, wie die ganze Stadt Berlin, zum Bezirk des Amtsgerichts Berlin I und des Landgerichts Berlin I gehört. Der Wortlaut des Entwurfs würde dazu führen müssen, daß Beschwerden über das Amtsgericht II an das Landgericht I gehen, was nicht beabsichtigt sein kann.

§ 18 Absatz 1 bestimmt, daß die Beschwerde sowohl beim judex a quo, als beim Beschwerdegericht eingelegt werden kann. Demnächst heißt es in Absatz 2:

> Die Einlegung erfolgt durch Einreichung einer Beschwerdeschrift oder durch Erklärung zum Protokoll des Gerichtsschreibers desjenigen Gerichts, dessen Verfügung angefochten wird, oder des Gerichtsschreibers des Beschwerdegerichts.

Hier sollte statt der gesperrten Worte gesetzt werden: „des Gerichtsschreibers des Gerichts erster Instanz". An dieser Stelle ist die Aenderung zwar lediglich redaktioneller Art. Sie gewinnt aber eine sachliche Bedeutung durch die Beziehung der Stelle zu späteren Vorschriften. § 26 bestimmt nämlich, daß dieselben Vorschriften für die weitere Beschwerde Anwendung finden sollen. Nach dem Wortlaut des Entwurfes muß also die weitere Beschwerde, wenn sie zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt wird, beim Gerichtsschreiber des Landgerichts oder des Oberlandesgerichts angebracht werden.[14a]) Diese Be-

die Ausführungen des Verfassers in seinen Rechtsgrundsätzen der Entsch. des Kammergerichts, 2. Aufl. S. 611 ff.

[14a]) In der Praxis hat die entsprechende Vorschrift im § 53 des Ausf.Ges.

stimmung ist außerordentlich unzweckmäßig. Die Anbringung der Beschwerde zum Protokoll des Gerichtsschreibers soll der Bequemlichkeit der Parteien dienen. Dieser Zweck wird nicht erreicht, wenn den Parteien zugemuthet wird, dieserhalb an das — häufig entfernte — Landgericht zu reisen. Die diesseitige Fassung dagegen führt zu dem Ergebniß, daß die Beschwerde beim Gerichtsschreiber des Amtsgerichts oder des Oberlandesgerichts angebracht werden kann.

§ 24 gewährt gegen die Entscheidungen des Beschwerdegerichts die weitere Beschwerde wegen Gesetzesverletzung. Demnächst bestimmt § 25:

> Ueber die weitere Beschwerde entscheidet das Ober-Landesgericht.
>
> Will das Ober-Landesgericht bei der Auslegung einer reichsgesetzlichen Vorschrift, welche eine der im § 1 bezeichneten Angelegenheiten betrifft,[15]) von der auf weitere Beschwerde ergangenen Entscheidung eines anderen Ober-Landesgerichts, falls aber über die Rechtsfrage bereits eine Entscheidung des Reichsgerichts ergangen ist, von dieser abweichen, so hat es die weitere Beschwerde unter Begründung seiner Rechtsauffassung dem Reichsgericht vorzulegen. Der Beschluß über die Vorlegung ist dem Beschwerdeführer bekannt zu machen.
>
> In den Fällen des Abs. 2 entscheidet über die weitere Beschwerde das Reichsgericht.

Die Vorschrift entspricht dem § 79 der G.B.O. und wird schon der Gleichmäßigkeit halber jetzt keiner Beanstandung zu unterwerfen sein. Es erscheint aber erforderlich, von Reichs Wegen dafür zu sorgen, daß danach die Entscheidungen der Oberlandesgerichte auch gehörig bekannt gemacht werden. Hierzu dürfte folgende Vorschrift geeignet sein.

„§ 25 a.

Alle Entscheidungen, welche auf eine weitere Beschwerde

---

z. preuß. G.V.G. bereits zu Schwierigkeiten und zu differirenden Entscheidungen geführt. Vergl. Jahrb. f. Entsch. des Kammergerichts Bd. 13 S. 405 und dazu die Ausführungen des Verfassers in seinen Rechtsgrundsätzen der Entsch. des Kammergerichts, 2. Aufl. S. 468 Anm. 1.

[15]) Statt der gesperrten Worte würde nach der diesseitigen Redaktion zu setzen sein: „einer die nicht streitigen Rechtssachen betreffenden reichsgesetzlichen Vorschrift".



gemäß § 25 dieses Gesetzes oder gemäß § 79 der Grundbuchordnung ergehen und die Auslegung einer reichsgesetzlichen Vorschrift [16]) enthalten, sind bekannt zu machen. Die Bekanntmachung kann im Wege einer Sammlung erfolgen. In diesem Falle sind die Entscheidungen jedes Kalenderjahres spätestens in den ersten sechs Monaten des nächsten Jahres bekannt zu machen. Die näheren Anordnungen über die Bekanntmachung erläßt der Bundesrath."

§ 27 des Entwurfs bestimmt:

Die Entscheidungen über Beschwerden erfolgen bei den Landgerichten durch eine Civilkammer, bei den Oberlandesgerichten und dem Reichsgericht durch einen Civilsenat. Ist bei einem Landgericht eine Kammer für Handelssachen gebildet, so tritt für Handelssachen diese Kammer an die Stelle der Civilkammer.

Die Vorschriften der Civilprozeßordnung über die Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen sowie die Vorschriften des § 137 des Gerichtsverfassungsgesetzes finden entsprechende Anwendung.

Es wird die Streichung dieser Vorschrift vorgeschlagen. Der erste und der dritte Satz sind nach der diesseitigen Redaktion überflüssig, weil ihr Inhalt sich hier schon sonst ergiebt. [17]) Der zweite Satz wegen der Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen aber erscheint sachlich nicht empfehlenswerth. Die Kammern für Handelssachen üben zur Zeit nur eine Gerichtsbarkeit erster Instanz. Dementsprechend ist ihre Besetzung eingerichtet. Als Beschwerdeinstanzen würden sie nach Vorstehendem hauptsächlich für das Handelsregister in Betracht kommen. Nun ist an sich eine Ausdehnung der Laiengerichtsbarkeit, und namentlich eine solche, die sich auf die zweite Instanz erstreckt, sehr erwünscht. Aber ob die Fragen des Handelsregisters, welche doch häufig in hohem Maße juristisch-formaler

---

[16]) Auch wenn die Vorschrift die nicht streitigen Rechtssachen nicht betrifft. Die Publikation schadet Niemandem; wohl aber kann dies die Unterlassung bewirken, wenn irriger Weise angenommen wird, die betr. Rechtsnorm gehöre einem anderen Gebiete an.

[17]) Vergl. oben (S. 320) die Redaktion der §§ 12, 71, 120, 132 des G.V.G. und ferner die diesseits vorgeschlagene Fassung des § 5 des Entwurfs zu Nr. 2 (S. 323).

Natur sind, gerade die geeigneten sind, um mit dieser Ausdehnung den Anfang zu machen, darf wohl bezweifelt werden. Hauptsächlich aber muß an der gegenwärtigen Besetzung der Kammern für Handelssachen Anstoß genommen werden. Während alle anderen Kammern des Landgerichts einen Direktor an der Spitze haben, werden die Kammern für Handelssachen von einem Landrichter geleitet. Dieses Moment wird ihre Autorität als Beschwerdeinstanzen bei den Amtsgerichten mindern. Der Amtsrichter wird in der Entscheidung da, wo eine rein juristische Frage in Betracht kommt — und das wird überwiegend der Fall sein — im wesentlichen die Entscheidung seines Kollegen sehen. Es ist aber erforderlich, die Beschwerdeinstanzen so zusammenzusetzen, daß ihre Entscheidungen sich einer gewissen Autorität gegenüber dem judex a quo auch für die zukünftige Gestaltung von dessen Judikatur erfreuen. Dazu sind die jetzigen Kammern für Handelssachen nicht geeignet. Will man sie zu Beschwerdeinstanzen machen, dann müßte wenigstens der § 61 des G.V.G. auch auf die Kammern für Handelssachen anwendbar gemacht werden, so daß die Kammer einen Direktor als Vorsitzenden erhält.

Ich will die Besprechung der allgemeinen Vorschriften nicht schließen ohne die Bemerkung, daß noch einige andere im Entwurf übergangene Punkte der Regelung bedürftig erscheinen, so namentlich:

1. die Verpflichtung der Parteien zur gegenseitigen Kostenerstattung in solchen Prozeduren, welchen in Wirklichkeit ein Streitverhältniß zu Grunde liegt, wie z. B. bei den Entscheidungen des Vormundschaftsrichters unter Eheleuten oder Geschiedenen.

2. die Form der Protokolle für diejenigen Verhandlungen, die keine Beurkundung von Rechtsgeschäften enthalten. Dies ist namentlich wichtig für Zeugenvernehmungen und für die Abnahme des Offenbarungseides.

3. die Vollstreckung gewisser Entscheidungen, so namentlich derjenigen des Vormundschaftsrichters über die Herausgabe von Kindern und über den Verkehr geschiedener Eheleute mit ihren Kindern (B.G.B. §§ 1635, 1636).

Es muß indessen, um die Arbeit nicht ungebührlich zu vergrößern, von einer näheren Ausführung hier abgesehen werden.

II. Vormundschaftssachen.

§ 30 des Entwurfs bestimmt die Amtsgerichte zu Vormundschaftsgerichten. Die §§ 31—40 behandeln die örtliche Zuständigkeit. Von diesen bestimmt § 40:

> Wird in einer Angelegenheit, welche die persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten zu einander oder das eheliche Güterrecht betrifft, eine Thätigkeit des Vormundschaftsgerichts erforderlich, so ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk der Mann seinen Wohnsitz oder in Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes seinen Aufenthalt hat.
>
> Ist der Mann ein Deutscher und hat er im Inlande weder Wohnsitz noch Aufenthalt, so finden die Vorschriften des § 31 Abs. 2 entsprechende Anwendung.
>
> Hat der Mann die Reichsangehörigkeit verloren, die Frau sie aber behalten, so ist, wenn der Mann im Inlande weder Wohnsitz noch Aufenthalt hat, das Gericht zuständig, in dessen Bezirk die Frau ihren Wohnsitz oder in Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes ihren Aufenthalt hat; hat sie im Inlande weder Wohnsitz noch Aufenthalt, so finden die Vorschriften des § 31 Abs. 2 entsprechende Anwendung.
>
> Für die Zuständigkeit ist in Ansehung jeder einzelnen Angelegenheit der Zeitpunkt maßgebend, in welchem das Gericht damit befaßt wird.

Der hier angezogene § 31 Abs. 2 besagt, daß, wenn kein Wohnsitz oder Aufenthalt im Inlande vorhanden ist, an dessen Stelle der letzte inländische Wohnsitz tritt und wenn es auch an diesem fehlt, das Gericht durch die Landesjustizverwaltung, ev. durch den Reichskanzler bestimmt wird. Eine Frau, die von ihrem Manne verlassen ist, hat also anzugehen:

1. das Gericht des Wohnsitzes des Mannes,
2. ev. das des Aufenthaltes des Mannes,
3. ev. das des letzten Wohnsitzes des Mannes,
4. eventualissime das von der Verwaltung zu bestimmende Gericht.

Die Bestimmungen zu 1 u. 2 sind gerechtfertigt. Unser Eherecht wird von dem Grundsatze beherrscht, daß der Wohnsitz des Mannes

zugleich der Wohnsitz der Familie ist; die Frau muß also bei diesem Wohnsitz ihre Anträge stellen. Hat der Mann keinen Wohnsitz, so mag sein Aufenthalt maßgebend sein, vorausgesetzt, daß es nicht der Aufenthalt eines Vagabonden ist, und so wird die Bestimmung wohl vernünftiger Weise zu verstehen sein. Aber wenn der Mann das Land überhaupt verlassen hat oder als Vagabond umherzieht, so ist es ein leerer Formalismus, die Frau an das Gericht des letzten Wohnsitzes zu verweisen. Man erwäge folgenden Fall. Das Ehepaar hat in Aachen gewohnt und der Mann ist nach Amerika gegangen. Die Frau hat sich zu ihren Verwandten nach Berlin begeben und sucht sich dort eine Existenz zu gründen. Für irgend einen Akt bedarf sie der Zustimmung des Mannes, zu dessen Ergänzung sie das Vormundschaftsgericht angeht. Hat es irgend einen Sinn, die Frau an das Gericht nach Aachen zu verweisen? Ist es nicht graue Theorie, diese Umständlichkeit von der Frau deshalb zu verlangen, weil früher einmal der Mann in Aachen gewohnt hat? Es liegt hier ein Stück Rücksichtslosigkeit gegen die Frau vor, über welche die Klagen seitens der Frauenrechtlerinnen nicht ohne Grund sind. Der Gesetzgeber versetzt sich nicht genügend in die Seele der Frau, sondern dekretirt die Vorschriften lediglich vom Standpunkte einer angenommenen Superiorität des Mannes aus. Für die hier geregelten Fälle ist die allein sachgemäße Lösung die, wie sie der Abs. 3 des § 40 giebt, daß nämlich das Gericht des Wohnsitzes der Frau an die Stelle zu treten hat. Es wird deshalb vorgeschlagen, an die Stelle von Abs. 2 u. 3 folgende Bestimmung zu setzen:

> „Ist der Mann ein Deutscher und hat er im Inlande weder Wohnsitz noch einen Aufenthalt, an dem er erreichbar ist, so ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk die Frau ihren Wohnsitz oder in Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes ihren Aufenthalt hat, u. s. w., (wie im Entwurf). Die gleichen Vorschriften gelten, wenn der Mann die Reichsangehörigkeit verloren, die Frau sie aber behalten hat."

Allerdings wird diese Bestimmung auch dann zur Anwendung kommen, wenn der Mann der Provokant ist. Aber einen Mann, der sich nicht im Lande befindet, an das Gericht der Frau zu verweisen, darin liegt keine Unbilligkeit.

§ 48 des Entwurfs bestimmt:

> Eine Verfügung, durch welche auf Antrag die Ermächtigung oder die Zustimmung eines Anderen zu einem Rechtsgeschäft ersetzt oder dem Ehemanne die im § 1358 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches vorgesehene Ermächtigung zur Kündigung ertheilt oder durch welche die Ausschließung oder Beschränkung der nach § 1357 des Bürgerlichen Gesetzbuchs der Frau zustehenden Rechte aufgehoben wird, tritt erst mit der Rechtskraft in Wirksamkeit. Das Gleiche gilt von einer Verfügung, durch die auf Antrag des Kindes die Zustimmung der Mutter zur Ehelichkeitserklärung ihres Kindes ersetzt wird.
>
> Bei Gefahr im Verzuge kann das Gericht die sofortige Wirksamkeit der Verfügung anordnen. Die Verfügung tritt mit der Bekanntmachung an den Antragsteller in Wirksamkeit.

In dieser Bestimmung möchten die gesperrten Worte besser gestrichen werden. Die hier geregelte Prozedur ist so eigenartig, daß sie eingehenderer Dispositionen bedarf. Der § 1358 Abs. 1 des B. G.B bestimmt nämlich Folgendes:

> Hat sich die Frau einem Dritten gegenüber zu einer von ihr in Person zu bewirkenden Leistung verpflichtet, so kann der Mann das Rechtsverhältniß ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, wenn er auf seinen Antrag von dem Vormundschaftsgerichte dazu ermächtigt worden ist. Das Vormundschaftsgericht hat die Ermächtigung zu ertheilen, wenn sich ergiebt, daß die Thätigkeit der Frau die ehelichen Interessen beeinträchtigt.

Diese Vorschrift soll eine Vermittelung zwischen der Geschäftsfähigkeit der Ehefrau, die das B. G.B. anerkennt, und dem Rechte des Mannes auf die häusliche Thätigkeit der Frau darstellen. Anscheinend sieht man zur Zeit die Prozedur des § 1358 als einen Akt an, der sich lediglich zwischen Mann und Frau abspielt. Das ist er aber nicht; er berührt vielmehr die Interessen des Dritten, der mit der Frau kontrahirt hat, sehr erheblich. Denn es ist nicht ersichtlich, welchen Rechtsbehelf der Dritte hat, wenn der Ehemann auf Grund der Ermächtigung des § 1358 die Kündigung ausspricht und wenn die Frau in Folge dessen ihre Thätigkeit einstellt, während der Dritte der Meinung ist, daß die Ermächtigung zu Unrecht ertheilt ist. Soll er die Frau

auf Schadensersatz belangen und soll er befugt sein, den Prozeßrichter zur Kritik darüber anzurufen, ob der Vormundschaftsrichter seines Amtes zu Recht gewaltet hat? Das wird kaum die Meinung des Gesetzes sein. Ist dies aber nicht der Fall, dann muß Vorsorge getroffen werden, daß der Dritte im Verfahren vor dem Vormundschaftsrichter zugezogen wird und daß dieses Verfahren sich von vornherein mit gegen ihn richtet. Es ist dies um so nothwendiger, als die praktische Bedeutung der ganzen Einrichtung sich aller Voraussicht nach nicht gegen die Ehefrau, sondern gegen den Gegenkontrahenten wenden wird. Als Waffe des Mannes gegen die Frau ist nämlich die Vorschrift völlig stumpf gerathen. Was nützt dem Manne die Kündigung? Er kann ja doch nicht hindern, daß die Frau die gekündigten Dienste weiter leistet. Und noch weniger hat er dadurch irgend eine Sicherung dafür, daß die Frau ihre Dienste dem Hause widmet. Es ist deshalb gar nicht anzunehmen, daß die Vorschrift irgend welche praktische Bedeutung zwischen Mann und Frau erlangen wird. Wohl aber steht solche Bedeutung für den Gegenkontrahenten zu befürchten. Schon heute kann man die Erfahrung machen, daß, wenn man eine Frau als Aufwärterin, Scheuerfrau oder dergl. engagirt, und der Frau die Sache leid wird, sie eines Tages fortbleibt mit der Erklärung: „Mein Mann erlaubts nicht“. Es muß ernstliche Vorsorge getroffen werden, daß nicht in Zukunft zu solchen Kollusionen zwischen Mann und Frau der Vormundschaftsrichter benutzt wird und daß z. B. eine Sängerin, die einen vortheilhafteren Vertrag abschließen möchte, sich hinter ihren Mann steckt, der die Ermächtigung des Vormundschaftsrichters zur Kündigung nachsucht, und da die Frau sich vollkommen fügt, auch erhält. Es wird deshalb hier folgende Bestimmung vorgeschlagen:

„§ 48 a.

Beantragt ein Ehemann die im § 1358 Abs. 1 des B. G. B. vorgesehene Ermächtigung zur Kündigung, so sind als Gegner des Antragstellers die Ehefrau und der Dritte anzusehen, gegen den die Kündigung ergehen soll.

Die Entscheidung darf nur nach Anhörung dieser Personen erfolgen. Sie tritt erst mit der Rechtskraft in Wirksamkeit.“

Die Bestimmung, daß das Gericht bei Gefahr im Verzuge die sofortige Wirksamkeit anordnen kann, erscheint bei dieser Prozedur ent-

behrlich. Soviel muß der von der Frau eingegangene Vertrag gelten, daß er bestehen bleibt, bis rechtskräftig entschieden ist.

Auch bei den übrigen Prozeduren des § 48 dürfte übrigens zu erwägen sein, ob nicht die Anhörung des Gegners vor der Entscheidung vorzuschreiben ist.

Die §§ 52—54 regeln die Legitimation zur Beschwerdeführung in Vormundschaftssachen und enthalten eine sehr glückliche Lösung des einschlägigen Problems. Es ist dabei mit dem Prinzip der Popularbeschwerde, welches wissenschaftlich wie praktisch gleich unhaltbar ist, gebrochen. Andererseits aber ist der Kreis der Beschwerdeberechtigten für zahlreiche Fälle auf alle Verwandten und Verschwägerten des Mündels, sowie auf den Mündel selbst und den Gegenvormund ausgedehnt. Das Verfahren wird auf diese Art von der Einmischung Unbefugter frei gehalten und doch mit dem nothwendigen Schutze für den Mündel umkleidet. Vielleicht ließen sich die betreffenden Fälle noch etwas vermehren. So könnte z. B. für den Fall, wenn das Vormundschaftsgericht Verwandte oder Verschwägerte des Mündels angehört hat (B. G.B. § 1847), den letzteren, falls gegen ihre Anträge entschieden ist, ein Beschwerderecht gewährt werden. Wünschenswerth wäre eine positive Bestimmung darüber, ob die Beschwerde eines Verwandten oder Verschwägerten, namentlich wenn sie zurückgewiesen wird, auf Kosten des Beschwerdeführers geht oder ob der Beschwerdeführer in Bezug auf das Beschwerderecht als Vertreter des Mündels gilt und die Kosten sonach die Vormundschaft treffen. Sachlich dürfte die letztere Lösung wohl die richtige sein.

§ 56 bestimmt:

> Wird eine Verfügung, durch die ein Volljähriger unter vorläufige Vormundschaft gestellt ist, von dem Beschwerdegericht aufgehoben, so kann die Wirksamkeit der von oder gegenüber dem Volljährigen vorgenommenen Rechtsgeschäfte nicht auf Grund der aufgehobenen Verfügung in Frage gestellt werden.

Hier dürfte noch zu bestimmen sein, daß auch die in der Zwischenzeit von oder gegenüber dem Vormund vorgenommenen Geschäfte gültig bleiben.

§ 59 bestimmt:

Gegen eine Verfügung, durch die über die Entlassung eines Mitgliedes des Familienraths von dem Gericht, welches dem Vormundschaftsgericht im Instanzenzuge vorgeordnet ist, entschieden wird, findet die Beschwerde an das Ober-Landesgericht statt. Die weitere Beschwerde ist ausgeschlossen.

Hinter den Schlußsatz wäre hier zu setzen:

„Auf die Beschwerde findet § 25 Abs. 2 und 3 und § 25a entsprechende Anwendung."

Hierdurch wird die Entscheidung des Reichsgerichts in gleichem Umfange, wie bei der weiteren Beschwerde gewährleistet (vgl. § 133 Abs. 2). Denn es ist kein Grund dafür ersichtlich, weshalb gerade hier auf eine einheitliche Gesetzeshandhabung verzichtet werden soll.

III. Personenstand.

§ 64 des Entwurfs lautet:

Für die nach § 11 Abs. 3 und § 66 Abs. 2 des Gesetzes über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung vom 6. Februar 1875 (Reichs-Gesetzbl. S. 23) dem Gericht erster Instanz obliegenden Verrichtungen [18]) sind die Landgerichte, für die im § 14 daselbst vorgesehene Aufbewahrung des Nebenregisters die Amtsgerichte zuständig.

Hier fehlt es an einer Norm über die örtliche Zuständigkeit. Für den Fall des § 11 des Personenstandsgesetzes (Beschwerde wegen verweigerter Amtshandlung) ist die örtliche Zuständigkeit allerdings im Personenstandsgesetze selbst bestimmt; für die übrigen Fälle aber nicht. Es wäre deshalb hier der Zusatz zu machen:

„Oertlich zuständig ist überall dasjenige Gericht, in dessen Bezirk der Standesbeamte seinen Sitz hat."

§ 65 Abs. 1 bestimmt:

„Ueber die Beschwerde gegen Verfügungen der Landgerichte entscheiden die Ober-Landesgerichte; die weitere Beschwerde ist ausgeschlossen."

Hinter den letzten Satz wäre auch hier ebenso wie bei § 59 zu setzen:

---

[18]) Es sind dies: Beschwerdeführung bei Ablehnung von Amtshandlungen durch den Standesbeamten und Entscheidungen über Berichtigung der Standesregister.

„Auf die Beschwerde findet § 25 Abs. 2 und 3 und § 25a entsprechende Anwendung."

Weshalb für das ganze große Gebiet der Standesregistersachen auf eine einheitliche Rechtsprechung verzichtet werden soll, dafür ist nicht der mindeste Grund ersichtlich. Die Herstellung dieser Einheitlichkeit ist vielmehr ein entschiedenes Bedürfniß. Denn die gegenwärtige Handhabung der bei Eheschließungen entstehenden Streitfragen ist in der That eine völlig verschiedene. Auch der Rechtswissenschaft würde mit einer einheitlichen Rechtsprechung ein besonderer Dienst erwiesen. Denn in den großen Verkehrscentren mit dem Menschenkonflux aus allen Gegenden kommen sehr häufig die wichtigsten und verwickeltsten Fragen des internationalen Privatrechts gerade hier zur Erörterung. Eine Judikatur des Reichsgerichts in diesen Fragen wäre sehr wünschenswerth.

IV. Nachlaß- und Theilungssachen.

Die §§ 70, 71, 74—77 behandeln einige Besonderheiten der Beschwerde in Nachlaßsachen. Im § 77 ist bestimmt:

> Gegen einen Beschluß, durch den ein Erbschein für kraftlos erklärt wird, findet die Beschwerde nicht statt. Das Gleiche gilt von einem Beschluß, durch welchen eines der in den §§ 1507, 2368 des Bürgerlichen Gesetzbuchs [19]) und den §§ 37, 38 der Grundbuchordnung [20]) vorgesehenen gerichtlichen Zeugnisse für kraftlos erklärt wird.

In Ermangelung von publizirten Motiven ist nicht ersichtlich, auf welchem Grunde die ausnahmsweise Versagung der Beschwerde hier beruht.

Die §§ 78—88 enthalten eingehende Vorschriften **über die Nachlaßtheilung**. Beim Vorhandensein mehrerer Erben soll auf Antrag eines derselben das Nachlaßgericht die Vermittelung der Auseinandersetzung übernehmen. Das Gericht ladet die Betheiligten und verhandelt mit ihnen, bestätigt zutreffenden Falls die getroffene Auseinandersetzung mit vollstreckbarer Wirkung und stellt eventuell die Streitpunkte unter

---

[19]) Dieselben betreffen das Zeugniß über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft und das Zeugniß zur Legitimation des Testamentsvollstreckers.

[20]) Die Vorschriften betreffen Zeugnisse des Nachlaßrichters behufs Umschreibung von Hypotheken u. s. w.

Verweisung derselben zum Prozesse fest. Insoweit ist gegen das Verfahren nichts zu erinnern. Der Entwurf enthält aber zugleich außerordentlich einschneidende Bestimmungen über ein in diese Prozedur eingefügtes Versäumnißverfahren, welche einer näheren Betrachtung bedürfen. Der Entwurf bestimmt:

§ 82.

Treffen die erschienenen Betheiligten vor der Auseinandersetzung eine Vereinbarung über vorbereitende Maßregeln, insbesondere über die Art der Theilung, so hat das Gericht eine Urkunde darüber aufzunehmen. Das Gleiche gilt, wenn nur ein Betheiligter erschienen ist, in Ansehung der von diesem gemachten Vorschläge.

Sind die Betheiligten sämmtlich erschienen, so hat das Gericht die von ihnen getroffene Vereinbarung zu bestätigen.

Ist ein Betheiligter nicht erschienen, so hat das Gericht ihm die Urkunde mitzutheilen. Die Mittheilung muß den Hinweis darauf enthalten, daß, wenn der Betheiligte nicht innerhalb einer von dem Gerichte zu bestimmenden Frist die Anberaumung eines neuen Termins beantrage oder wenn er in dem neuen Termine nicht erscheine, sein Einverständniß mit dem Inhalt der Urkunde angenommen werden würde. Beantragt der Betheiligte rechtzeitig die Anberaumung eines neuen Termins und erscheint er in diesem Termin, so ist die Verhandlung fortzusetzen. Anderenfalls hat das Gericht die Vereinbarung zu bestätigen.

Was hier für die vorbereitenden Maßregeln bestimmt ist, ist sodann im § 84 auch für den definitiven Auseinandersetzungsplan angeordnet.

Diesen Vorschriften liegt ein richtiger Gedanke zu Grunde. Es kommt in Nachlaßsachen öfter vor, daß ein Erbe, der vielleicht wegen der conferenda oder weil er dem Nachlasse Geld schuldet, nichts aus der Theilungsmasse zu erwarten hat, sich dem ganzen Verfahren fernhält und damit die übrigen Erben zu außerordentlichen Weiterungen und Verzögerungen zwingt. Der Versuch, dem durch ein Versäumnißverfahren schon in der Theilungsprozedur selbst abzuhelfen, ist voll berechtigt. Aber die Vorschläge des Entwurfs sind zu rücksichtslos.

Vorerst ist gar keine Beschränkung betreffs der Zahl der Miterben gemacht. Nach dem Entwurf kann, wenn sieben Erben vorhanden

sind, ein einzelner die sechs anderen kontumaziren lassen. Dazu liegt kein Bedürfniß vor. Es sollte als Vorbedingung verlangt werden, daß die Mehrzahl der Erben dem Plane zustimmt. Dann mag sie die Minderheit zum Verhandeln zwingen. Sind nur zwei Erben vorhanden, dann ist das formelle Nachlaßtheilungsverfahren überhaupt kein sehr großes Bedürfniß.

Der zweite Mangel ist: es wird gar keine justa causa als Grundlage für die Anträge des erschienenen Theiles verlangt. Wer kommt, bestimmt, wie getheilt werden soll: das Kontumazialpräjudiz für den Ausbleibenden ist, daß nach dem Antrage erkannt werden wird. Das geht weit über das Versäumnißverfahren des Civilprozesses hinaus. Bei letzterem wird nur dann nach dem Antrage erkannt, wenn das Vorbringen den Antrag rechtfertigt. In der Nachlaßtheilung aber kann nach dem Entwurf folgendes geschehen: A u. B sind gleichberechtigte Erben, der Nachlaß beträgt 1000 Mk. A erscheint allein und sagt: „Ich mache den Vorschlag, daß ich 999 Mk. und mein Bruder B 1 Mk. erhält." Wenn dann B auf Mittheilung dieses Vorschlages ausbleibt, dann sagt der Richter: „Ita jus esto!" Das schlägt allem Rechtsbewußtsein ins Gesicht. Es ist zu verlangen, daß das Gericht die Bestätigung trotz des Versäumnißverfahrens zu versagen hat, wenn die Vorschläge des Erschienenen ungesetzliche sind. Bloße Abweichungen von den gesetzlichen Vorschriften über die Ausführung der Theilung (z. B. Uebernahme einer Sache durch einen Miterben an Stelle des öffentlichen Verkaufs u. dergl.) können allerdings die Bestätigung nur hindern, wenn die gemachten Vorschläge offenbar wider die Billigkeit sind.

Der dritte Mangel des Entwurfs besteht in der großen Erschwerung, die das Verfahren denjenigen Miterben bietet, welche entfernt wohnen, und dementsprechend in der übergroßen Bevorzugung der im Gerichtsbezirk wohnenden Miterben. Die entfernten Miterben werden sich regelmäßig eines Rechtsanwalts bedienen müssen. Dies veranlaßt aber in allen denjenigen Fällen unnöthige Kosten, in denen die Ausbleibenden es ohnehin zu einem Prozesse wollen kommen lassen. Einmal muß der Rechtsanwalt für die Vertretung in der Nachlaßtheilung besonders honorirt werden. Und sodann muß häufig für den Prozeß noch ein Wechsel in der Person des Anwalts eintreten, nämlich wenn der Prozeß vor das Landgericht gehört und dieses mit dem Amtsgericht sich nicht am

selben Orte befindet. Diesem Bedenken muß dadurch begegnet werden, daß diejenigen ausgebliebenen Erben, welche nicht im Gerichtsbezirk wohnen, wenigstens auf ihr Verlangen durch einen ersuchten Richter über die gemachten Vorschläge zu vernehmen sind und daß das Versäumnißverfahren gegen sie nur dann eintritt, wenn sie dort nicht erscheinen. Allerdings geht hierdurch ein Theil der Vortheile, denen das Verfahren dienen soll, verloren. Wenn man nicht alle Erben zugleich vor sich hat, wird sich öfter eine sachdienliche Verhandlung nicht erreichen lassen. Aber dann muß man sich hiermit begnügen, und das Weitere dem Prozeßrichter überlassen. Das vorgeschlagene Heilmittel wenigstens ist schlimmer als das Uebel. Am allerwenigsten ist die Prozedur des Entwurfs angängig, wenn es im Theilungsverfahren kein Armenrecht giebt. Aber auch wenn — gemäß den diesseitigen Vorschlägen — das Armenrecht eingeführt wird, wäre sie nicht zu billigen.

Nach diesen drei Richtungen hin müßte also der Entwurf geändert werden. Hierzu wären folgende Vorschriften dienlich:

„§ 82.

Treffen die erschienenen Betheiligten vor der Auseinandersetzung eine Vereinbarung über vorbereitende Maßregeln, insbesondere über die Art der Theilung, so hat das Gericht eine Urkunde darüber aufzunehmen.

Sind die Betheiligten sämmtlich erschienen, so hat das Gericht die von ihnen getroffene Vereinbarung zu bestätigen.

§ 82 a.

Hat sich die Mehrheit der Betheiligten gemäß § 82 geeinigt, so finden gegenüber den nicht Erschienenen die folgenden Vorschriften Anwendung.

§ 82 b.

Das Gericht hat den nicht erschienenen Betheiligten die aufgenommene Urkunde mitzutheilen. Die Mittheilung muß den Hinweis enthalten, daß, wenn der Betheiligte nicht innerhalb einer von dem Gericht zu bestimmenden Frist die Anberaumung eines neuen Termins beantrage oder wenn er in dem neuen Termine nicht erscheine, die der Vereinbarung zu Grunde liegenden thatsächlichen Angaben für zugestanden erachtet werden würden, daß das Gericht auf Grund dessen über die Bestätigung der Vereinbarung den Gesetzen gemäß entscheiden werde

und daß die rechtskräftig erfolgte Bestätigung der Vereinbarung für den nicht Erschienenen in gleicher Weise verbindlich ist, als wenn er ihr zugestimmt hätte.

§ 82 c.

Beantragt der Betheiligte rechtzeitig die Anberaumung eines neuen Termins und erscheint er in diesem Termin, so ist die Verhandlung fortzusetzen. Andernfalls hat das Gericht über die Bestätigung der Vereinbarung zu beschließen. Die Vereinbarung ist zu bestätigen, wenn sie nach den ihr zu Grunde gelegten thatsächlichen Angaben dem nicht erschienenen Betheiligten gegenüber gesetzlich gerechtfertigt ist. Eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften über die Art der Theilung (B. G.B. §§ 752—757, 2046, 2047) steht der Bestätigung nur dann entgegen, wenn die getroffene Vereinbarung dem nicht Erschienenen gegenüber offenbar unbillig ist. Dies gilt insbesondere auch betreffs der Vereinbarung, daß eine Sache, eine Forderung oder eine Schuld von einem Miterben übernommen wird.

§ 82 d.

Wohnt ein Betheiligter nicht im Bezirk des Nachlaßgerichtes, so kann er auf die nach § 82 b ergehende Mittheilung verlangen, daß er besonders bei dem Gericht seines Wohnsitzes vernommen wird. In der Mittheilung ist der Betheiligte hierauf hinzuweisen.

Stellt der Betheiligte einen solchen Antrag, so findet das Verfahren nach § 82 c gegen ihn nur statt, wenn er in dem bei dem Gericht seines Wohnsitzes anzusetzenden Termin nicht erscheint."

Die redaktionellen Aenderungen, welchen danach die späteren Vorschriften des Entwurfs zu unterwerfen wären, sind nicht erheblich und ergeben sich von selbst.

§ 88 des Entwurfs bestimmt:

> Aus einer vorgängigen Vereinbarung sowie aus einer Auseinandersetzung findet nach dem Eintritt der Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses die Zwangsvollstreckung statt. Die Vorschriften der §§ 703, 705 der Civilprozeßordnung finden Anwendung.

Es wäre erwünscht, eine authentische Aeußerung darüber zu erhalten, wie man sich danach die Auflassung der von einem Mit-



erben übernommenen Nachlaßgrundstücke gedacht hat, namentlich ob die Bestätigung auch schon die Auflassungserklärungen ersetzt (§ 779 C.P.O.). Vielleicht wäre es richtig, die Frage durch eine ausdrückliche Vorschrift zu lösen.

V. Handelssachen.

Die §§ 115—122 enthalten einige Bestimmungen über die Führung des Handelsregisters. Es sind ihrer sehr wenige. Die Einrichtung des Handelsregisters selbst ist ganz der Landesgesetzgebung überlassen. Gegenwärtig mag das Register wohl in nahezu ebenso viel Formen geführt werden, als es Bundesstaaten giebt. Innerhalb Preußens existiren — von kleinen Verschiedenheiten noch abgesehen — allein vier verschiedene Formen. Ein Grund für die Aufrechterhaltung dieser Verschiedenheit liegt nicht vor. Für das Genossenschaftsregister existirt auf Grund des § 171 des Genossenschaftsgesetzes vom 1. Mai 1889 eine einheitliche Form und ein einheitliches Verfahren für das ganze Reich. Für das Handelsregister ist das Gleiche zu erstreben. Daß wegen der Verschiedenartigkeit der Register in den Einzelstaaten die Ueberleitung mit Schwierigkeiten verbunden ist, ist richtig. Aber wenn dies ein Hinderungsgrund sein sollte, dann würde er für ewige Zeit bestehen. Auch beim Genossenschaftsregister haben von 1868—1889 verschiedene Formen bestanden und doch hat man sich im Jahre 1889 zu einem einheitlichen Muster entschlossen. Es wäre deshalb erwünscht, in das Gesetz eine Vorschrift folgenden Inhalts aufzunehmen:

> „Das Handelsregister ist im ganzen Reich nach demselben Muster zu führen. Der Bundesrath bestimmt das Muster und erläßt die erforderlichen Ausführungsbestimmungen über die Art der Führung des Registers."

Sollte eingewendet werden, daß innerhalb der kurzen Zeit bis zum Inkrafttreten des B.G.B. der Bundesrath mit Ausführungsgesetzen ohnehin schon überlastet ist, dann mag eine Frist von weiteren zwei Jahren gesetzt und bis dahin mögen die alten Register nach Maßgabe der Landesgesetze fortgeführt werden.

Bei der Dürftigkeit der Vorschriften über das Handelsregister ist um so auffallender die Bestimmung des § 122:

Die Landes-Justizverwaltungen sind befugt, den Registergerichten Anweisungen bezüglich der für die Bekanntmachung der Eintragungen zu bestimmenden Blätter zu ertheilen.

Es muß auf das Entschiedenste die Streichung dieser Vorschrift verlangt werden. Sie ist geeignet, politische Rücksichten in das Gerichtsverfahren einzuführen, nämlich den Versuch, oppositionelle Blätter von der Zuwendung der Bekanntmachungen auszuschließen. Die Zeitungen sollen lediglich nach dem Gesichtspunkte ausgewählt werden, daß die Eintragungen thunlichst weit zur Kenntniß derjenigen Kreise kommen, für die sie von Interesse sind. Da darf gar kein Unterschied der Partei gemacht werden. In der Verwaltung aber machen sich gerade jetzt bedenkliche Strömungen behufs Aechtung gewisser Parteien geltend. Auch früher waren derartige Mittel durchaus nicht immer verpönt. Als der Graf zur Lippe in Preußen Justizminister war, ist der Versuch thatsächlich gemacht worden, fortschrittliche Blätter von der Zuwendung der Bekanntmachungen auszuschließen, obwohl in Preußen dem Justizminister ein Recht derartiger Einwirkung auf die Gerichte durchaus nicht zusteht (beim Grafen zur Lippe war dieser Rechtszustand nicht immer ein Hinderungsgrund für seine Aktionen). Soviel bekannt, ist der Versuch damals überwiegend mißglückt. Aber die vorliegende Bestimmung giebt den betreffenden Tendenzen geradezu eine Handhabe.

Allerdings mag eine sachlich handelnde Justizverwaltung durch den § 122 in den Stand gesetzt werden, manche Mißgriffe zu verhüten. Allein dies wird bei jeder Befugniß, die man der Verwaltung in die Hand giebt, der Fall sein. Der Schaden durch etwaige Mißgriffe der Gerichte ist aber geringer anzuschlagen als derjenige, den das Ansehen des Staates erleidet, wenn politische Tendenzen in die Rechtspflege oder die Verwaltung getragen werden. Die Vorschrift zeigt übrigens, wie nothwendig es ist, den § 1 des G.V.G. über die Unabhängigkeit des Richteramtes auf die nicht streitige Gerichtsbarkeit auszudehnen. Ohne diese Ausdehnung würde es sich bei Streichung des § 122 nach dem Landesrecht bestimmen, ob die Verwaltung zu derartigen Anweisungen befugt ist (vgl. hierzu unten den § 189).

Ueber die Zeugnisse aus dem Handelsregister enthält der Entwurf gar keine Bestimmungen. Man hält augenscheinlich den § 9 des H.G.B. für ausreichend, wonach Jedermann eine beglaubigte Abschrift der Eintragungen sowie ein Negativzeugniß über das Nicht-

vorhandensein weiterer oder überhaupt bestimmter Eintragungen fordern kann. Im § 33 der G.B.O. ist alsdann bestimmt, daß der Nachweis der Befugniß zur Vertretung einer Handelsgesellschaft durch ein Zeugniß aus dem Handelsregister geführt wird. Diese Vorschriften sind aber aus folgendem Grunde unzureichend. Nach der feststehenden Annahme der Praxis beweisen die Zeugnisse aus dem Handelsregister nichts weiter, als daß die Eintragung im Register zu der Zeit bestanden hat, zu welcher das Zeugniß ausgestellt ist, d. h. streng genommen: sie beweisen überhaupt nur in praeteritum und beweisen also niemals, daß der Inhaber eines solchen Zeugnisses die Vertretungsbefugniß im Augenblick der Produktion des Zeugnisses noch hat. Denn ob in diesem Augenblick die Eintragung noch besteht, darüber ergiebt das Zeugniß nichts. Dieser Zustand bringt die Betheiligten sowie den Grundbuchrichter in eine nahezu unerträgliche Lage. Folgt der Grundbuchrichter einer strengen Auffassung, dann muß für jede Hypothek, die ein Vertreter bestellt, für jede Löschung, die er bewilligt u. s. w., immer ein neues, mit erheblichen Kosten verknüpftes Zeugniß beschafft werden, welches jünger ist als die Hypothekenbestellung, die Löschungsbewilligung u. s. w. Bei Auflassungen aber ist man vollends in einer Zwickmühle; denn das Zeugniß, welches der Veräußerer oder der Erwerber vorweist, ist stets veraltet und kann ihn also nicht legitimiren. Nimmt der Grundbuchrichter die Auflassung trotzdem entgegen und verlangt er demnächst ein nachträgliches Zeugniß — ob dies überhaupt zuläßig ist, mag hier dahin gestellt bleiben — so muß mindestens die Eigenthumseintragung aufgeschoben werden und es müssen in der Zwischenzeit selbst dringliche Dispositionen zum Grundbuch unterbleiben. Um aus diesem unerträglichen Zustande herauszukommen, werden in der Praxis die sonderbarsten Deduktionen gemacht.[21]) Zum Theil wird den Grundbuchrichtern empfohlen, „über geringe Zeitdifferenzen hinwegzusehen“. Ein erstaunliches Argument! Weil am 1. Oktober 1897 bescheinigt ist, daß A. Prokurist ist, deshalb soll man am 5. Oktober annehmen dürfen, daß in der kurzen Zwischenzeit sich nichts geändert hat! Aber eine Prokura hört doch irgend einmal auf. Und aus welchem vernünftigen Grunde soll es folgen, daß sie gerade an denjenigen Tagen nicht erlischt, die kurz nach dem Zeitpunkte liegen, zu dem sich irgend eine beliebige Person ein Zeugniß aus dem

[21]) Vergl. Jahrb. f. Entsch. des Kammergerichts Bd. II S. 69 und Bd. XVI S. 91.

Register hat ertheilen lassen? Das Argument ist schlechterdings sinnlos und bringt nur den Grundbuchrichter in die Gefahr eigener Verantwortung, wenn er solchen Zeugnissen in einem Falle traut, in welchem sie sich hinterher als nicht mehr zutreffend erweisen.

Der Zustand bedarf dringend einer Abhülfe im Wege der Gesetzgebung. Hierzu bietet sich folgender Weg. Man führe eine besondere Art von Zeugnissen ein, die vom Gericht nur zum Behufe der Legitimirung bestimmter Personen ausgestellt werden, über deren Ertheilung das Gericht eine Kontrole führt und die bei Aenderung der Verhältnisse zurückgeliefert werden müssen. Diese Zeugnisse statte man mit der Wirkung von Vollmachtsurkunden aus, die bis zur Kraftloserklärung ihren Inhaber legitimiren und zwar nicht nur gegenüber den Behörden, sondern ganz allgemein auch im Privatverkehr. Hierzu dürften folgende Vorschriften dienlich sein, welche im Abschnitt „Handelssachen" an geeigneter Stelle einzufügen wären.

„§ a.

Außer den im § 9 des H.G.B. bezeichneten Bescheinigungen hat das Gericht auf Verlangen eines Berechtigten Zeugnisse zum Zwecke des Nachweises der Vertretungsbefugniß gewisser Personen zu ertheilen (Legitimationszeugnisse). Für diese Zeugnisse gelten die §§ b — g.

§ b.

Das Legitimationszeugniß muß enthalten:

1. die Bezeichnung als Legitimationszeugniß;
2. die Bezeichnung derjenigen Personen, deren Vertretungsbefugniß es zu beurkunden bestimmt ist;
3. den Inhalt der Vertretungsbefugniß.

§ c.

Die Ertheilung eines Legitimationszeugnisses darf nur erfolgen:

1. für die Vertreter einer Handelsgesellschaft auf den Antrag derjenigen Personen, welche zur gesetzlichen Vertretung der Gesellschaft befugt sind. Steht die Vertretung Mehreren gemeinschaftlich zu, so muß der Antrag nach Maßgabe der sonstigen Bestimmungen über die Gesammtvertretung gestellt werden;
2. für einen Prokuristen auf den Antrag des Inhabers des Handelsgewerbes.

§ d.

Die Zahl der Legitimationszeugnisse ist keiner Beschränkung unterworfen.

§ e.

Ueber die Ertheilung der Legitimationszeugnisse hat das Gericht eine Nachweisung zu führen. Aus der Nachweisung muß jederzeit zu ersehen sein, welche Legitimationszeugnisse und welche Anzahl derselben sich im Verkehr befinden.

§ f.

Tritt eine Aenderung der in einem Legitimationszeugniß beurkundeten Verhältnisse ein, so ist der Inhaber des Zeugnisses zur Rückgabe des letzteren an das Gericht verpflichtet. Zur Verfolgung dieses Anspruchs ist Jeder befugt, der durch die Unterlassung der Rückgabe in die Gefahr eines Nachtheiles geräth.

§ g.

Auf das Legitimationszeugniß finden die §§ 172, 173, 175, 176 des B.G.B. entsprechende Anwendung. An die Stelle der Rückgabe der Vollmachtsurkunde an den Vollmachtgeber tritt die Rückgabe des Zeugnisses an das Gericht."

Diese Vorschriften würden auf das Genossenschaftsregister (§§ 137, 138 des Entwurfs) und auch auf das Vereinsregister (§§ 149, 150) für entsprechend anwendbar zu erklären sein.

Die §§ 123—129 des Entwurfs betreffen das Ordnungsstrafverfahren zur Erzwingung von Eintragungen und sonstigen Handlungen. Die Regelung ist wesentlich im Anschluß an das preußische Recht erfolgt. Die §§ 123—126 lauten:

§ 123.

Sobald das Registergericht von einem sein Einschreiten nach den §§ 14, 319 und dem § 325 Nr. 9 des Handelsgesetzbuchs rechtfertigenden Sachverhalte glaubhafte Kenntniß erhält, hat es dem Betheiligten unter Androhung einer angemessenen Ordnungsstrafe aufzugeben, innerhalb einer bestimmten Frist seiner gesetzlichen Verpflichtung nachzukommen oder die Unterlassung mittels Einspruchs gegen die Verfügung zu rechtfertigen.

Die Beschwerde gegen diese Verfügung ist unzulässig.

§ 124.

Wird innerhalb der bestimmten Frist weder der gesetzlichen Verpflichtung genügt noch Einspruch erhoben, so ist die angedrohte Strafe festzusetzen und zugleich die frühere Verfügung unter Androhung einer erneuten Ordnungsstrafe zu wiederholen.

In gleicher Weise ist fortzufahren, bis der gesetzlichen Verpflichtung genügt oder Einspruch erhoben wird.

§ 125.

Wird rechtzeitig Einspruch erhoben, so hat das Gericht, wenn sich der Einspruch nicht ohne weiteres als begründet ergiebt, zur Erörterung der Sache den Betheiligten zu einem Termine zu laden.

Das Gericht kann, auch wenn der Betheiligte nicht erscheint, nach Lage der Sache entscheiden.

§ 126.

Wird der Einspruch für begründet erachtet, so ist die erlassene Verfügung aufzuheben.

Anderenfalls hat das Gericht den Einspruch zu verwerfen und die angedrohte Strafe festzusetzen. Das Gericht kann, wenn die Umstände es rechtfertigen, von der Festsetzung einer Strafe absehen oder eine geringere als die angedrohte Strafe festsetzen.

Im Falle der Verwerfung des Einspruchs hat das Gericht zugleich eine erneute Verfügung nach § 123 zu erlassen. Die in dieser Verfügung bestimmte Frist beginnt mit dem Eintritt der Rechtskraft der Verwerfung des Einspruchs.

Diese Vorschriften leiden an dem Mangel, daß sie den Betheiligten in eine schiefe Lage bringen, wenn er grundsätzlich der Meinung ist, die gerichtliche Anforderung sei ungerechtfertigt, und wenn er diese Meinung durch alle Instanzen zu verfolgen, im Falle seines Unterliegens aber sich ohne weiteren Zwang zu fügen entschlossen ist. Ein solcher Mann hat keinen anderen Weg, als daß er im Falle des Unterliegens zugleich die Verurtheilung zu einer Strafe riskiren muß, die er doch nicht verdient. Allerdings gewährt § 126 — eine immerhin dankenswerthe Neuerung — dem Gericht die Befugniß, von der Fest-

setzung der Strafe abzusehen. Allein diese Aussicht auf eine gewisse Art von Gnade des Gerichts genügt nicht. Ganz ebenso, wie ein Zeuge im Civilprozeß die Berechtigung der Zeugnißverweigerung durch die zulässigen Instanzen verfolgen kann und eine Bestrafung erst dann zu gewärtigen hat, wenn er nach rechtskräftiger Verwerfung des Weigerungsgrundes dennoch bei seiner Weigerung verharrt, muß auch hier der Betheiligte ein absolutes Recht erhalten, Einspruch zu erheben, ohne die Gefahr einer Bestrafung. Der § 126 wäre deshalb wie folgt zu fassen:

> „Wird der Einspruch für begründet erachtet, so ist die erlassene Verfügung aufzuheben.
>
> Anderenfalls hat das Gericht den Einspruch zu verwerfen und auszusprechen, daß, wenn der Betheiligte binnen einer bestimmten mit der Rechtskraft der Entscheidung beginnenden Frist seiner Verpflichtung nicht nachkommt, die angedrohte Strafe gegen ihn festgesetzt werden wird. Das Gericht ist befugt, eine geringere als die früher angedrohte Strafe zu bestimmen. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist wird die angedrohte Strafe festgesetzt und zugleich eine erneute Verfügung nach § 123 erlassen."

Im § 130 des Entwurfs würde dadurch gleichfalls eine Aenderung nothwendig werden. Hier ist das Verfahren gegen unbefugte Firmenführung im Anschluß an die §§ 123—129 geregelt, so jedoch, daß hier in der That im Falle des Einspruchs zunächst nur über die Berechtigung des letzteren entschieden wird. Die Ordnungsstrafe soll festgesetzt werden:

> falls kein Einspruch erhoben oder der erhobene Einspruch rechtskräftig verworfen ist und der Betheiligte nach der Bekanntmachung der Verfügung dieser zuwidergehandelt hat.

Hier wäre statt der gesperrten Worte zu sagen:

> „nach der Bekanntmachung der Verfügung, im Falle des Einspruchs nach rechtskräftiger Verwerfung desselben, der Verfügung zuwidergehandelt hat".

Einer besonderen Betrachtung bedarf aber der § 123 des Entwurfs noch insoweit, als er das Ordnungsstrafverfahren auch auf die Angelegenheiten der §§ 319 und 325 Nr. 9 des H.G.B. erstreckt. Auf diese paßt das Verfahren nicht überall. Die gedachten Vorschriften bestimmen, daß das Gericht die Vorsteher und Liquidatoren

einer Aktiengesellschaft und die persönlich haftenden Gesellschafter einer Kommandit-Gesellschaft auf Aktien zu einer Reihe von Handlungen, die mit der Eintragung in das Register nichts zu thun haben, von Amts Wegen anhalten soll. Man hat sich die Anwendung der Prozedur auf alle diese Angelegenheiten im Einzelnen wohl nicht recht klar gemacht, denn es befinden sich unter letzteren Gegenstände, bei denen ein Offizialverfahren des Registerrichters keinen rechten Sinn hat, weil die ganze Vorschrift nicht zum Schutze des Publikums im Allgemeinen, sondern zu Gunsten bestimmter Personen gegeben ist, die ihre Rechte wahrnehmen können. So z. B. soll nach § 246 erzwungen werden, daß der Vorstand dem Aufsichtsrath die von diesem verlangten Berichte erstattet und ihm Einsicht in die Bücher, Schriften und Bestände gestattet und nach § 263, daß der Vorstand die Vorlagen für die Generalversammlung zwei Wochen vorher „zur Einsicht der Aktionäre" auslegt. Ist es hier wirklich die Meinung, daß, wenn das Gericht erfährt, der Aufsichtsrath habe einen Bericht erfordert und der Vorstand erstatte ihn nicht, daß es — ganz unbekümmert, wie der Aufsichtsrath dies auffasse — den Vorstand in Strafe nehmen soll? Das kann man sich kaum als die Absicht denken. Für die betreffende Prozedur müßte festgesetzt werden, daß das Gericht nur auf Antrag eines Betheiligten einzuschreiten hat und daß der Letztere auch im Verfahren in geeigneter Weise zuzuziehen ist.[22]) Noch schärfer tritt der Fehler beim Ordnungsstrafverfahren in Sachen des Genossenschaftsregisters hervor. Der Entwurf erklärt im § 137 die Vorschriften der §§ 117 bis 122, 132, 133 auch für das Genossenschaftsregister als anwendbar. Die §§ 123—129 über das Ordnungsstrafverfahren sind nicht für anwendbar erklärt. Der Grund ist augenscheinlich folgender: Das Ordnungsstrafverfahren in Sachen des Genossenschaftsregisters ist im § 152 des Genossenschaftsgesetzes geregelt. Dort heißt es:

> Rücksichtlich des Verfahrens sind die Vorschriften maßgebend, welche zur Erzwingung der im H.G.B. angeordneten Anmeldungen zum Handelsregister gelten.

---

[22]) Welch große Schwierigkeiten in Fällen dieser Art der Judikatur erwachsen, darüber vergl. Jahrb. f. Entsch. des Kammergerichts Bd. XIII S. 7; siehe dazu die Ausführungen des Verfassers, in dessen Rechtsgrundsätzen der Entscheidungen des Kammergerichts, 2. Aufl. S. 285.

Nun kontrollire man einmal die einzelnen, im § 152 genannten Handlungen, derentwegen ein Ordnungsstrafverfahren eingeleitet werden soll. Wir wollen nur zwei Beispiele herausgreifen, den § 46 Abs. 2 und den § 8 Abs. 2. Beide sind unter Ordnungsstrafe gestellt. Im § 46 Abs. 2 am Schlusse ist bestimmt:

> Jeder Genosse ist berechtigt, auf seine Kosten eine Abschrift der Bilanz sowie der Jahresrechnung zu verlangen.

Wenn also ein Genosse eine solche Abschrift nicht erhält, dann soll das Registergericht von Amts Wegen einschreiten und den Vorstand bestrafen, und alles dies in einem Verfahren, in welchem der betroffene Genosse gar nicht Partei ist. § 8 Abs. 2 bestimmt, daß Darlehns-Genossenschaften den Geschäftsbetrieb nicht auf andere Personen als die Mitglieder ausdehnen dürfen. Was hier vom Gericht erzwungen werden soll, ist also eine Unterlassung, die Nichtgewährung von Darlehen an gewisse Personen. Wie stellt man das nun an, eine Unterlassung mit denjenigen Vorschriften zu erzwingen, welche zur Erzwingung von Anmeldungen, also von Handlungen, gegeben sind? Das geht offenbar nicht. Die Vorschriften des Entwurfs, welche das Verfahren zur Erzwingung von Anmeldungen neu regeln, hätten sich der Aufgabe nicht entziehen dürfen, dieses Verfahren so zu gestalten, daß es auf den § 152 des Genossenschaftsgesetzes, den man eben aus Anlaß des B. G.B. wieder neu redigirt hat (vgl. Art. 10 des Einf.Ges.) paßt. Sachlich wird es wohl nicht anders gehen, als den § 152 des Genossenschaftsgesetzes in diesem Punkte abzuändern. Nicht das Verfahren zur Erzwingung von Anmeldungen, sondern das Verfahren zur Unterlassung des unbefugten Firmengebrauchs (§ 130 des Entwurfs) wird das allenfalls Passende sein.

§ 132 bestimmt, daß und wie eine unzulässige Eintragung in das Handelsregister von Amts Wegen zu löschen ist. Demnächst schreibt § 133 Abs. 1 vor:

> Die Löschung einer Eintragung kann gemäß den Vorschriften des § 132 auch von dem Landgericht verfügt werden, welches dem Registergericht vorgeordnet ist. Die Vorschrift des § 27 Abs. 1 Satz 2[23]) findet Anwendung.

Zu einer solchen Offizialthätigkeit des Beschwerdegerichts, die ganz isolirt dasteht, liegt kein Grund vor. Die Vorschrift wäre deshalb besser zu streichen.

[23]) Betrifft die Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen.

VI. Güterrechtsregister.

Mit dem Güterrechtsregister befassen sich die §§ 151, 152 des Entwurfs. Es sind im Wesentlichen die Vorschriften betreffs des Handelsregisters für die Eintragungen und Bescheinigungen als anwendbar erklärt. Hierbei muß folgendes Bedenken zur Sprache gebracht werden. Nach § 34 der G.B.O. soll der Nachweis, daß ein Gegenstand zum Vorbehaltsgut gehört, durch ein Zeugniß aus dem Güterrechtsregister geführt werden. Das ist ganz unbedenklich, wenn der Vorbehalt auf einem Ehevertrag beruht. Das B. G.B. aber hat das Vorbehaltsgut sehr viel weiter ausgedehnt und namentlich den ganzen Arbeitserwerb der Frau zum Vorbehaltsgut erklärt. Es fragt sich, ob auch derartiges Vorbehaltsgut — zu dem ja doch auch ein Grundstück oder eine Hypothek gehören kann — zur Eintragung in das Güterrechtsregister bestimmt ist. Das B. G.B. ist über diesen Punkt nicht ganz klar. Allerdings ist im § 1371 allgemein bestimmt, daß auf das Vorbehaltsgut die bei der Gütertrennung geltenden Vorschriften Anwendung finden. Bei der Gütertrennung heißt es im § 1431: „Die Gütertrennung ist Dritten gegenüber nur nach Maßgabe des § 1435 wirksam“ und § 1435 bestimmt:

> Wird durch Ehevertrag die Verwaltung und Nutznießung des Mannes ausgeschlossen oder geändert, so können einem Dritten gegenüber aus der Ausschließung oder der Aenderung Einwendungen gegen ein zwischen ihm und einem der Ehegatten vorgenommenen Rechtsgeschäft oder gegen ein zwischen ihnen ergangenes rechtskräftiges Urtheil nur hergeleitet werden, wenn zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts oder zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit die Ausschließung oder die Aenderung in dem Güterrechtsregister des zuständigen Amtsgerichts eingetragen oder dem Dritten bekannt war.

Danach scheint es allerdings, daß auch das nicht auf Vertrag beruhende Vorbehaltsgut in das Register eingetragen werden kann und sogar zur Erzielung der Wirkungen des § 1435 eingetragen werden muß. Allein es ist doch recht zweifelhaft, ob § 1371, wenn er betreffs des Vorbehaltsgutes auf die Vorschriften über die Gütertrennung verweist, damit mehr gemeint hat, als die Vorschriften über die materiellen Verhältnisse zwischen Mann und Frau (§§ 1427—1430) und ob er

den § 1431 wirklich mit hat einbeziehen wollen. Gegen letzteres spricht namentlich die Erwägung, daß das auf Gesetz beruhende Vorbehaltsgut im Allgemeinen zur Eintragung in das Register gar nicht geeignet ist. Was soll die Frau denn eintragen lassen? Rein abstrakt, daß ihre Kleider und Schmucksachen oder daß ihr Arbeitserwerb Vorbehaltsgut sei? Das steht schon im Gesetz und bedarf keiner Eintragung. Die letztere müßte sich vielmehr auf spezielle Stücke erstrecken. Solche Eintragung ist doch aber im Allgemeinen gar nicht möglich, da die Kleider der Frau sowohl wie ihr Arbeitserwerb stetem Wechsel unterworfen sind. Jedenfalls erscheint die Sachlage unklar.[24]) Es wäre deshalb sehr erwünscht, wenn zu dieser Frage von autoritativer Seite eine Aeußerung erfolgte. Ist das B.G.B. in dem Sinne zu verstehen, daß auch das gesetzliche Vorbehaltsgut zur Eintragung gebracht werden kann und wird hierüber Zweifelsfreiheit geschafft, dann heben sich die diesseitigen Bedenken. Wird aber die andere Auslegung für die richtige befunden, dann dürfte folgende Bestimmung hinter dem § 151 einzuschalten sein.

„§ 151a.

In das Güterrechtsregister ist auch außerhalb des Falles eines Ehevertrages auf Antrag beider Ehegatten einzutragen, daß ein bestimmter Gegenstand zum Vorbehaltsgut gehört. Der Antrag ist in öffentlich beglaubigter Form zu stellen. Jeder Ehegatte ist dem anderen gegenüber zur Mitwirkung verpflichtet."

VII. Gerichtliche und notarielle Urkunden.

Von der Errichtung der gerichtlichen und notariellen Urkunden handeln die §§ 157—173. § 157 überweist die gerichtlichen Beurkundungen der Zuständigkeit der Amtsgerichte. Es dürfte hinzuzufügen sein: „Oertlich zuständig ist jedes Amtsgericht". § 158 bestimmt:

> Für die gerichtliche und die notarielle Beurkundung eines Rechtsgeschäfts gelten, unbeschadet der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen, die §§ 159—172.

[24]) Fischer-Henle sagen im Kommentar zu § 1371, es fänden alle Vorschriften Anwendung, „also auch § 1371"; das weiter folgende aber ergiebt, daß sie ausschließlich an solches Vorbehaltsgut denken, das durch Ehevertrag bestimmt ist.

Hier ist es zweifelhaft, ob die Ausdrucksweise „Beurkundung eines Rechtsgeschäfts“ glücklich gewählt ist. Der Begriff des „Rechtsgeschäfts“ ist ein technischer, im B.G.B. viel gebrauchter. Eine Definition des Begriffes giebt das Gesetz nicht. Aber es ist doch die feststehende Meinung, daß das Rechtsgeschäft eine Willenserklärung voraussetzt.[25]) Wo etwa Zeugenvernehmungen zur Zuständigkeit der Notare gehören (z. B. nach der Sächsischen Notariatsordnung v. 5. September 1892 § 1 Nr. 7), da würden die Vorschriften des Entwurfs nicht anwendbar sein. Und das mag wohl auch die Absicht sein. Nun überweist aber das B.G.B. der notariellen Zuständigkeit einen Akt, der inhaltlich auch nichts anderes ist, als ein Zeugniß, nämlich die eidesstattliche Versicherung zum Behufe der Erlangung des Erbscheins (§ 2356). Die Abgabe dieser Versicherung unter den Begriff des Rechtsgeschäfts zu bringen, wird nach Obigem nicht angehen. Und doch liegt kein Grund und jedenfalls auch keine Absicht vor, die Abgabe dieser eidesstattlichen Versicherung nicht den allgemeinen Vorschriften des Entwurfs zu unterwerfen. Es würde sich deshalb empfehlen, statt der Worte: „für die gerichtliche oder notarielle Beurkundung eines Rechtsgeschäfts“ zu sagen: „für die gerichtliche oder notarielle Beurkundung von Rechtshandlungen der Parteien“. Der Begriff der „Rechtshandlung“ ist nicht ein so technisch festgelegter. Unter ihn fällt jede zu Rechtszwecken vorgenommene Handlung. Es würden demnach auch Akte, wie Verlosungen, Vernichtung einzuziehender Werthpapiere u. dgl. hierher fallen, was nur sachgemäß ist. Andererseits ist der Zusatz: „Rechtshandlungen der Parteien“ von folgendem Belang. Es wird damit der alte gemeinrechtliche Satz sanktionirt, daß ein Notar für die Regel nicht seine eigenen Handlungen beurkunden darf und ferner wird zum Ausdruck gebracht, daß, insoweit gesetzlich Ausnahmen von diesem Satz zugelassen sind, die §§ 159ff. des Entwurfs die Beurkundung solcher Akte nicht betreffen. Dies ist z. B. von Belang für die Inventarserrichtung, welche im B.G.B. mehrfach der notariellen Zuständigkeit auch in der Art überwiesen ist, daß der Notar das Inventar selbst aufnimmt (§§ 2003 und 2215 Abs. 4). Die Inventarserrichtung, welche der Notar selbst für die Betheiligten vornimmt, wird man wohl zu den Rechtsgeschäften rechnen müssen. Würde nun der Entwurf Gesetz, so müßte der Notar

[25]) Motive zum ersten Entwurf Bd. 1 S. 126; Planck, B.G.B. Vorbemerkungen zu Buch 1 Abs. 3 Anm 1.

auch die von ihm selbst vorgenommene Inventarserrichtung nach den §§ 159—172 beurkunden.[26]) Diese Vorschriften passen aber auf die Inventarserrichtung, die augenscheinlich nicht hat geregelt werden sollen, ganz und gar nicht; sie sind nur auf Handlungen anderer Personen berechnet, die vor dem Notar errichtet werden. — Wo an anderen Stellen des Entwurfs von der Beurkundung von Rechtsgeschäften die Rede ist (§§ 157, 172, 174) würde der veränderten Terminologie in geeigneter Art Rechnung zu tragen sein.

Die §§ 159ff. regeln die Aktserrichtung. An den hier aufgestellten Formen wird man nur sehr mit Maß Kritik üben dürfen. Die Vorschriften haben nämlich ein Präzedenz bereits in den §§ 2234ff. des B.G.B. über die Form der Testamente erhalten und sind im engsten Anschluß an letztere gearbeitet. Die Harmonie beider Vorschriften steht in der That so hoch, daß man nach diesseitiger Meinung die Bedenken überall da zurückstellen soll, wo durch ihre Berücksichtigung eine Störung der Uebereinstimmung stattfinden würde. Um so auffallender aber ist eine nach diesseitiger Meinung völlig unmotivirte Abweichung vom B.G.B. bei den Vorschriften über die Verhandlung mit fremdsprachigen Personen. Das B.G.B. bestimmt nämlich im § 2244:

> Erklärt der Erblasser, daß er der deutschen Sprache nicht mächtig sei, so muß bei der Errichtung des Testaments ein vereideter Dolmetscher zugezogen werden.

Im Gegensatz dazu schreibt § 169 des Entwurfs vor:

> Ist ein Betheiligter nach der Ueberzeugung des Richters oder des Notars der deutschen Sprache nicht mächtig, so muß bei der Beurkundung ein vereideter Dolmetscher zugezogen werden. Der Zuziehung des Dolmetschers bedarf es nicht, wenn der Richter oder der Notar der Sprache, in der sich der Betheiligte erklärt, mächtig ist; die Beeidigung des Dolmetschers ist nicht erforderlich, wenn der Betheiligte darauf verzichtet.

---

[26]) Auch der Wechselprotest gehört zu den Akten, bei welchen der Notar seine eigene Handlung beurkundet. Hier aber bleiben nach dem Entwurf (§ 175 Abs. 2 mit Art. 32 des Einf.Ges. z. B. G.B.) die bestehenden Vorschriften der Wechsel-Ordnung konservirt.

> Das Protokoll muß dem der deutschen Sprache nicht mächtigen Betheiligten durch den Dolmetscher oder, wenn ein Dolmetscher nicht zugezogen worden ist, durch den Richter oder den Notar in der fremden Sprache vorgetragen werden und die Feststellung enthalten, daß dies geschehen ist.
>
> Im Protokoll muß festgestellt werden, daß der Richter oder der Notar die Ueberzeugung gewonnen hat, daß der Betheiligte der deutschen Sprache nicht mächtig ist.
>
> Der Dolmetscher muß das Protokoll unterschreiben.

Weshalb diese Erschwerung für den Betheiligten, daß er dem Richter die Ueberzeugung beibringen muß, er sei des Deutschen nicht mächtig? Und was soll er dann machen, wenn der Richter diese Ueberzeugung nicht gewinnt? Auf welche Art soll überhaupt der Richter gegenüber einem Menschen, den er zum ersten Male sieht, sich eine sichere Ueberzeugung darüber bilden, ob letzter ausreichend deutsch versteht, wenn dieser Mensch das Gegentheil behauptet? Ein gewissenhafter Richter wird selbstverständlich in solchen Fällen zum Entgegenkommen geneigt sein und, wenn er auch nur zweifelt, einen Dolmetscher zuziehen. Aber dieses Verfahren will ihm der Entwurf verbieten; der Richter muß im Protokoll feststellen, daß er die positive Ueberzeugung gewonnen hat, daß der Betheiligte nicht deutsch versteht. „Muß" das bedeutet in der Sprache des Entwurfs: wenn diese Feststellung im Protokoll fehlt, dann gilt die Urkunde nicht. Die Vorschrift scheint — leider — eine politische Spitze zu haben, nämlich gegen das Polenthum, vielleicht auch gegen das Franzosenthum in Elsaß-Lothringen. In Posen und Westpreußen kommt es schon jetzt vor, daß Richter polnischen Leuten die Verhandlung mit einem Dolmetscher versagen, weil nach Meinung des Richters der Mann ausreichend deutsch verstehe. Bedauerlicher Weise wird dieses Verfahren von einzelnen Aufsichtsstellen noch besonders begünstigt und diesem Geiste scheint man auch im § 169 des Entwurfs zu begegnen und zwar in einer bisher wohl unerhörten Schärfe. Bisher hat man selbst von der extremsten Seite immer nur gehört, der Richter lehne die Verhandlung in fremder Sprache dann ab, wenn er die positive Ueberzeugung habe, der Betheiligte sei des Deutschen mächtig. Hier aber wird ganz rund gesagt, der Betheiligte müsse beweisen, daß

er nicht deutsch versteht; sonst giebt es keinen Dolmetscher.[27]) Auch nicht einmal, wenn er schwerkrank ist und der Beweis nicht im Augenblick zu führen ist! Diese ganze Rigorosität gegen fremde Nationalitäten ist aber gar nicht Sache der Justiz. Hier gilt es, diejenigen Formen zu finden, in denen das Recht am Besten zum Ausdruck gelangt und da muß es selbstverständlich heißen: besser einen Dolmetscher überflüssiger Weise zuziehen, als zu Unrecht seine Zuziehung unterlassen. Die Propaganda für das Deutschthum gehört nur in einer einzigen Form in den Gerichtssaal: darin, daß wir Deutsche den fremden Nationalitäten zeigen, wie wir gerecht auch gegen sie sind. Es muß zum schmerzlichen Bedauern gereichen, daß der § 169 des Entwurfs diesen Beweis nicht führt. Die Vorschrift wäre in Abs. 1 u. 3 wie folgt zu ändern:

> (Abs. 1). „Erklärt ein Betheiligter, daß er der deutschen Sprache nicht mächtig sei, so muß u. s. w."
>
> (Abs. 3). „Das Protokoll muß die Erklärung des Betheiligten, daß er der deutschen Sprache nicht mächtig sei, enthalten."

Hat man wirklich Bedenken gegen Mißbräuche, so mag allenfalls hinzugefügt werden:

> „Hat das Gericht gegen die Erklärung des Betheiligten ein Bedenken, so kann es die weitere Mitwirkung des Dolmetschers von einer eidesstattlichen Versicherung des Betheiligten dahin,
>
> > daß er der deutschen Sprache nicht oder nicht genügend mächtig sei,
>
> abhängig machen."

Für die Notare eine gleiche Vorschrift zu erlassen, dazu liegt kein Bedürfniß vor.

---

[27]) Man wende nicht ein, das B. G.B. bestimme im § 2243 ganz ebenso: „Wer nach der Ueberzeugung des Richters . . . stumm oder sonst am Sprechen verhindert ist u. s. w." Die Fälle lassen sich nicht vergleichen. Gebrechen werden der Regel nach nicht erheuchelt; es wird deshalb gewöhnlich die bloße Angabe des Betheiligten genügen. Außerdem wird ein Stummer sehr häufig mit einem Begleiter erscheinen, der das Gebrechen bestätigen wird. Und immer wird er in seiner Umgebung Leute haben, die dies können. Bei den polnischen Leuten liegt das ganz anders, da sie selbst und ihre polnische Umgebung ja gerade verdächtigt werden, Unkenntniß des Deutschen zu heucheln.

§ 164 bestimmt:

Die bei der Beurkundung mitwirkenden Personen müssen bei der Vorlesung, Genehmigung und Vollziehung der Urkunde zugegen sein.

Hier liegt anscheinend ein Redaktionsversehen vor. Zu den „mitwirkenden" Personen zählt nach der Terminologie des Entwurfs (§§ 160, 161) auch der Richter und Notar selbst. Es kann aber natürlich nicht gemeint sein, daß dieser erst von der Vorlesung ab zugegen zu sein brauche. Vielmehr muß es heißen:

„Die bei der Beurkundung zuzuziehenden Personen (§ 159) müssen u. s. w."

§ 166 betrifft das Protokoll. Abs. 1 bestimmt:

Das Protokoll muß enthalten:

1. Ort und Tag der Verhandlung;

2. die Bezeichnung der Betheiligten und der bei der Verhandlung mitwirkenden Personen;

3. die Erklärung der Betheiligten.

Hier erschöpft Nr. 3 den Inhalt des zu Beurkundenden nicht. Es ist nur mit dem Fall gerechnet, daß eine Erklärung zu beurkunden ist. Aber selbst wenn die Begriffsbestimmung des Entwurfs („Beurkundung von Rechtsgeschäften") bestehen bleibt, so erschöpft sich das Rechtsgeschäft doch nicht immer in der Willenserklärung. Uebergaben und sonstige thatsächliche Akte sind — wenn auch in Verbindung mit Willenserklärungen — häufig mit Bestandtheile des Rechtsgeschäfts. Ihre Beurkundung gehört mit zur Funktion des Notars. Im preußischen Recht ist es ganz ausdrücklich bestimmt, daß die Parteien befugt sind, das Darlehen in Gegenwart des Richters oder Notars hinzugeben und daß der Beamte über diese Thatsache urkunden muß.[28]) Es folgt dies auch aus dem Wesen des Notariats, dessen Thätigkeit nicht auf die Beurkundung von Erklärungen beschränkt ist. Es wäre deshalb die Nr. 3 dahin zu fassen:

„Die Erklärungen und sonstigen Handlungen der Betheiligten."

---

[28]) A.G.O. II 3 § 13. Vergl. auch bayrisches Notariatsgesetz vom 10. November 1861 Art. 11 Nr. 1, sächsische Notariatsordnung vom 5. September 1892 § 1 Nr. 1.

Der zweite Absatz des § 166 regelt die Feststellung der Identität der Betheiligten und lautet:

> Das Protokoll soll eine Angabe darüber enthalten, ob der Richter oder der Notar die Betheiligten kennt oder, sofern dies nicht der Fall ist, in welcher Weise er sich Gewißheit über ihre Persönlichkeit verschafft hat.

Hier wäre der Zusatz erwünscht:

> „Kann über die Persönlichkeit eines Betheiligten keine Gewißheit verschafft werden und wird die Aufnahme der Verhandlung gleichwohl verlangt, so soll der Sachverhalt und dasjenige, was etwa zur Feststellung der Persönlichkeit beigebracht ist, bemerkt werden."

Die Frage, ob in einem solchen Falle die Aufnahme des Aktes zulässig ist, ist bestritten. Die hier vorgeschlagene Lösung entspricht dem A. L.R. I 12 § 144, der sächsischen Notariatsordnung § 13 Abs. 4 und dem bayrischen Notariatsgesetz v. 10. November 1861 Art. 62 Abs. 3. Das Verkehrsbedürfniß verlangt die Möglichkeit solcher Beurkundung namentlich in denjenigen Fällen, in welchen die Betheiligten eine Befürchtung, daß die Identität später bestritten werden könnte, nicht hegen.

Endlich wäre bei den Vorschriften über das Protokoll noch wünschenswerth: eine Bestimmung über die Behandlung vorgelegter Vollmachten (rheinpreußische Not.Ordn. Art. 26; hannöversche Not.-Ordn. § 39) und eine Bestimmung über die Form von Aenderungen und Zusätzen im Protokoll (altpreußisches Not.Ges. § 12; rheinpreußische Not.Ordn. Art. 26, 30, 31; hannöversche Not.Ordn. §§ 34, 36 sächsische Not.Ordn. § 30).

Im Entwurf ist an mehreren Stellen mit dem Begriff des „Betheiligten" operirt, d. i. desjenigen, dessen Erklärung beurkundet werden soll (§ 159). So namentlich außer den citirten §§ 166, 169 noch bei der Unterschrift des Protokolls (§ 167) und bei Regelung der Fälle, in welchen die Urkundspersonen wegen ihrer Beziehungen zu den „Betheiligten" von der Mitwirkung ausgeschlossen sind. Alsdann bestimmt § 171:

> Bei der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung von Versteigerungen gelten Bieter nicht als Betheiligte; aus-

genommen sind solche Bieter, die an ihr Gebot gebunden bleiben.[28a])

Von dieser Vorschrift sollte der letzte Satz gestrichen werden. Wenn ein Notar eine Bietung abhält, so kann er nicht wissen, wer bieten wird, und also auch nicht, wer Meistbietender bleiben wird. Gestattet man ihm, die Bietung fortzusetzen, auch wenn ein Verwandter vor ihm als Bieter auftritt, so muß man ihm auch den Abschluß der Verhandlung gestatten, wenn dieser Verwandte der Meistbietende bleibt. Andernfalls hat ja die Bestimmung den Betheiligten höchstens Nachtheil gebracht. Das Problem, wie sich Richter und Notar gegenüber einem unbestimmten Kreise von Betheiligten zu verhalten haben, kann man nicht nach irgend einem theoretischen Satze, sondern nur nach Rücksichten der Zweckmäßigkeit entscheiden. Diese führen dazu, die Bietung nicht zu vereiteln und es als das geringere Uebel in den Kauf zu nehmen, daß der Beamte auch gegenüber von Angehörigen u. s. w. eine beurkundende Thätigkeit übt.

Allerdings hat die Streichung des letzten Satzes noch eine weitere Folge. Gehört der Meistbietende nicht zu den Betheiligten im Sinne des Gesetzes, so braucht er auch das Protokoll nicht zu unterschreiben, dessen Unterschrift im § 167 von den „Betheiligten" und zwar mit dem kategorischen „muß" gefordert wird. Allein dieser Zustand ist gerade der vernünftige. Man kann der Ordnung halber wohl vorschreiben, daß der Meistbietende zur Unterschrift des Protokolls aufzufordern und zuzulassen ist. Aber seine Unterschrift zur Bedingung für die Gültigkeit des Aktes setzen, heißt nichts anderes, als dem Meistbietenden die Befugniß geben, sich durch Verweigerung der Unterschrift von dem Meistgebot zu lösen oder wenigstens die Beurkundung desselben zu vereiteln.

Dies führt zu einem weiteren Punkte. Bei Verhandlungen mit einer unbegrenzten Personenzahl, zu denen außer den Bietungen auch noch die Generalversammlungen gehören, muß überhaupt eine andere Beurkundungsform eingeführt werden, welche es ermöglicht, die Be-

[28a]) Wie hat man sich die Ausführung dieser Vorschrift bei fremdsprachigen Personen gedacht? Nach § 169 soll ein Dolmetscher zugezogen werden, wenn ein „Betheiligter" nicht Deutsch versteht. Also gegenüber dem Bieter soll die Zuziehung eines Dolmetschers nicht erforderlich sein, gegenüber demjenigen, welcher der Meistbietende bleibt, aber doch! (?)

urkundung von dem Willen einzelner Personen unabhängig zu gestalten und welche auch darauf Rücksicht nimmt, daß der Kreis der Interessenten bei diesen Akten durch stetes Gehen und Kommen sich stets verändert. Der jetzige Rechtszustand ist in dieser Beziehung ein völlig krauser und verworrener [29]) und das Bedürfniß nach Abhülfe außerordentlich dringend. § 259 H.G.B. hat für die Generalversammlungen der Aktiengesellschaften diesem Punkte Rechnung zu tragen gesucht. Aber abgesehen davon, daß die Fassung gegenüber dem jetzt neu zu schaffenden Beurkundungsrecht durchaus nicht zweifelfrei gerathen ist,[30]) besteht das Bedürfniß einer Neuregelung nicht blos für Aktiengesellschaften, sondern auch für andere Korporationen. Es wird deshalb folgende Fassung des § 171 vorgeschlagen:

> „Bei der Beurkundung von Beschlüssen der Generalversammlung einer Gesellschaft oder eines Vereins gelten die Mitglieder (Gesellschafter, Genossen, Aktionäre u. s. w.), bei der Beurkundung von Versteigerungen gelten die Bieter nicht als Betheiligte. Bei Versteigerungen muß jedoch der Meistbietende, sofern er noch anwesend ist, zur Unterschrift des Protokolls aufgefordert werden. Das Protokoll muß entweder die Unterschrift des Meistbietenden oder die Erklärung des Richters oder Notars darüber enthalten, aus welchem Grunde die Unterschrift unterblieben ist.[31])

---

[29]) Vergl. Weißler, Notariat d. preuß. Monarchie (1896) S. 341ff. und Koch-Jastrow, Formularbuch und Notariatsrecht 10. Aufl. S. 80 Anm. 11.

[30]) § 259 H.G.B. bestimmt in dem Abs. 2 und 4:

> „In dem Protokolle sind der Ort und der Tag der Verhandlung, der Name des Richters oder Notars, sowie die Art und das Ergebniß der Beschlußfassungen anzugeben."
>
> „Das Protokoll muß von dem Richter oder Notar vollzogen werden. Die Zuziehung von Zeugen ist nicht erforderlich."

Es war hierbei allerdings wohl die Meinung, daß andere Personen das Protokoll nicht zu unterschreiben brauchen. Aber direkten Ausdruck im Gesetz hat dies nicht gefunden. Wenn nun jetzt von Reichs Wegen ein Gesetz über die allgemeinen Förmlichkeiten der Notariatsakte geschaffen wird, so kann eigentlich nicht bezweifelt werden, daß die hier geschaffenen allgemeinen Formen auch auf das Protokoll des § 259 H.G.B. Anwendung finden. Man könnte deshalb sehr wohl argumentiren, daß auch die Vorschrift über die Unterschrift der Betheiligten zur Anwendung gelangen müsse.

[31]) Vergl. § 682 Abs. 3 C.P.O. über die Form der Protokolle des Gerichtsvollziehers.

Die Vorschriften über Zuziehung eines Dolmetschers (§§ 168, 169) finden auch auf die im Abs. 1 bezeichneten Personen Anwendung. Die Befugniß der Betheiligten, diese Personen zurück zu weisen oder zu verlangen, daß die letzteren selbst für Beschaffung eines Dolmetschers sorgen, wird hierdurch nicht berührt.[31a])

Einer Vorlesung des Protokolls über Generalversammlungen und Versteigerungen bedarf es nicht, wenn beim Abschluß des Protokolls außer dem Richter oder Notar Niemand anwesend ist, von dem das Protokoll zu unterschreiben ist."

Eine in verschiedenen Rechtsgebieten bestehende Einrichtung hat im Entwurf keine Regelung gefunden, d. i. die Anerkennung einer schon vorhandenen privatschriftlichen Urkunde nicht blos den Unterschriften, sondern dem Inhalte nach, so daß die Urkunde im Ganzen eine gerichtliche und notarielle Urkunde wird. Man weiß nicht recht, ob man die Uebergehung als Beseitigung des Instituts verstehen soll, oder ob man als möglich gedacht hat, daß sich eine solche Anerkennung auch in den Formen des Entwurfs soll bewerkstelligen lassen. Wenn man das Institut nicht beseitigen will, so ist aber dessen ausdrückliche Regelung erforderlich, da die Bestimmungen des Entwurfs, namentlich wegen der Vorlesung des Protokolls, auf das Verfahren nicht passen. Das Institut, welches bereits aus der Reichs-Notariats-Ordnung (§ 13) stammt und sich bis auf die heutige Zeit erhalten hat, verdient auch die fernere Beibehaltung. Zunächst bietet es die Möglichkeit einer Ersparung von Kosten; der Beamte hat mit der bloßen Anerkennung erheblich weniger Arbeit und es rechtfertigt sich deshalb wohl eine geringere Gebühr.[32]) Ferner giebt es den Parteien die Möglichkeit, gerade ihre Diktion in die Urkunde zu legen, während sie sonst sich der Fassung des Beamten anvertrauen oder zu einem unangenehmen

[31a]) Bei freiwilligen Versteigerungen hängt es überhaupt von dem Veranstalter ab, wen er als Bieter zulassen will; bei Generalversammlungen hängt es von den betreffenden Gesetzen und Statuten ab, ob fremdsprachige Personen ein Recht auf Verhandlung haben.

[32]) In Preußen wird im Falle der Anerkennung bei einseitigen Erklärungen zwar die gleiche Gebühr wie für die Aufnahme erhoben, bei zweiseitigen Erklärungen aber nur die Hälfte; vergl. § 41 des preuß. G.K.G. mit § 35 ebenda.

Kritisiren von dessen Ausdrucksweise greifen müssen. Endlich wird in denjenigen Fällen, in welchen die privatschriftliche Form zur Gültigkeit genügt, eine authentische Beurkundung darüber geschaffen, seit wann die Urkunde besteht und seit wann also die beurkundeten Rechtsverhältnisse wirksam sind. Es möchte sich deshalb hinter § 171 die Einschaltung folgender Vorschriften empfehlen:

„§ 171 a.

Die Betheiligten sind befugt, eine schon vorhandene urkundliche Erklärung gerichtlich oder notariell dem Inhalte nach anzuerkennen. Für dieses Verfahren gelten folgende Vorschriften.

Die Urkunde muß vorgelesen und soll auf Verlangen den Betheiligten auch zur Durchsicht vorgelegt werden. Ueber die Anerkennung derselben wird ein Protokoll nach den Bestimmungen dieses Gesetzes aufgenommen. Die anerkannte Urkunde wird dem Protokoll angeheftet und bei Ausfertigung des letzteren mit ausgefertigt.

Auf Urkunden, welche nur mit Handzeichen vollzogen sind und auf Urkunden, die nicht in deutscher Sprache abgefaßt sind,[33]) findet die Anerkennung dem Inhalte nach keine Anwendung.

§ 171 b.

Die Anerkennung einer Urkunde dem Inhalte nach (§ 171 a) genügt auch da, wo die Gesetze die gerichtliche oder notarielle Beurkundung einer Erklärung oder den gerichtlichen oder notariellen Abschluß eines Vertrages vorschreiben."

§ 173 behandelt die Unterschriftsbeglaubigung und lautet:

> Die gerichtliche oder notarielle Beglaubigung einer Unterschrift darf nur erfolgen, wenn die Unterschrift in Gegenwart des Richters oder des Notars vollzogen oder anerkannt wird.
>
> Die Beglaubigung geschieht durch einen unter die Unterschrift zu setzenden Vermerk. Der Vermerk muß die Bezeich-

[33]) Für die Zulassung des Verfahrens auch bei fremdsprachigen Urkunden spräche manches, so namentlich die Erwägung, daß gerade hier die Parteien erst recht es für wünschenswerth halten können, ihre eigene Ausdrucksweise zu fixiren. Indessen überwiegen doch die Schwierigkeiten namentlich bei der Ausfertigung einer derartigen Urkunde. Daß das Verfahren auf Testamente und Erbverträge nicht Anwendung findet, folgt schon aus den Bestimmungen des B.G.B. in Verbindung mit § 158 des Entwurfs.

nung desjenigen, welcher die Unterschrift vollzogen oder anerkannt hat, und die Angabe enthalten, daß die Vollziehung oder die Anerkennung in Gegenwart des Richters oder des Notars erfolgt sei. Der Vermerk muß außerdem mit dem Orte und dem Tage der Ausstellung sowie mit Unterschrift und Siegel versehen sein.

Diese Vorschriften finden auf die gerichtliche oder notarielle Beglaubigung eines Handzeichens entsprechende Anwendung.

Die Vorschrift bedarf nach mehrfacher Richtung einer Ergänzung. Zunächst muß klargestellt werden, in welcher Beziehung die Bestimmung zu den allgemeinen Vorschriften des Gesetzes über die Beurkundung steht. Daß letztere völlig außer Anwendung bleiben sollen, kann nicht die Meinung sein. Denn daß ein Notar seine und seiner nahen Angehörigen Unterschrift soll beglaubigen dürfen (§ 160), wird nicht beabsichtigt sein. Auch die Vorschriften über Zuziehung eines Dolmetschers können nicht ganz außer Betracht bleiben. Es ist aber weiter klarzustellen, daß die Beziehungen, welche den Richter oder Notar ausschließen, immer nur nach dem Rechtsgeschäft der Vollziehung oder Anerkennung der Unterschrift, niemals nach dem Inhalt und den Dispositionen der Urkunde selbst zu beurtheilen sind. Dies versteht sich zwar, richtig betrachtet, ganz von selbst, da der Inhalt der Urkunde gar nicht den Gegenstand der Instrumentirung bildet. Aber es hat doch das frühere Kammergericht einmal entgegengesetzt entschieden (Johow, Jahrb. f. Entsch. der preuß. App.Gerichte Bd. 6 S. 105). Nun steht der Entwurf auf dem strengen Standpunkt, daß die Akte eines Kraft Gesetzes ausgeschlossenen Richters oder Notars ungültig sind. Es empfiehlt sich also die möglichste Klarheit in diesem Punkte. Deshalb dürfte folgender Zusatz zu Absatz 2 sachdienlich sein:

„Der Aufnahme eines Protokolls und der Zuziehung eines Gerichtsschreibers, eines zweiten Notars oder eines Zeugen bedarf es nicht. Der § 161[33a]) findet keine Anwendung."

Durch diese Fassung wird klargestellt, daß alle diejenigen Vorschriften außer Anwendung bleiben, welche mit dem Protokoll und der Zuziehung weiterer Urkundspersonen in Verbindung stehen, daß die übrigen all-

[33a]) § 161 bestimmt die Fälle, in welchen der Richter oder Notar wegen seiner Beziehungen zum Inhalt der Urkunde von der Instrumentirung ausgeschlossen ist.

gemeinen Vorschriften aber — bis auf § 161 — zur Anwendung gelangen. Will eine stumme oder fremdsprachige Person eine Unterschrift anerkennen, so ergiebt sich, daß Richter und Notar zwar verpflichtet sind, einen Dolmetscher zuzuziehen (§ 168 Absatz 1, § 169 Absatz 1), daß sie aber nicht verpflichtet sind, hierüber in dem Beglaubigungsakt weitere Auskunft zu geben, weil alle bezüglichen Vorschriften nur betreffs des Protokolls gegeben sind.

Wünschenswerth wäre auch noch eine Aenderung im Absatz 2 selbst. Der Vermerk soll „Ort und Tag der Ausstellung" tragen. Wichtiger aber als das Datum der Ausstellung des Vermerks erscheint die Feststellung desjenigen Datums, unter dem die Vollziehung oder Anerkennung erfolgt ist und welches mit dem Datum der Ausstellung des Vermerks nicht nothwendig zusammenzufallen braucht. Vielleicht wäre in Absatz 2 hinter den Worten: „erfolgt sei" hinzuzufügen: „sowie an welchem Ort und Tage dieses geschehen ist."

Wenn hiermit der Abschnitt über die Form der gerichtlichen und notariellen Beurkundungen geschlossen wird, so darf doch nicht verhehlt werden, daß gerade hierbei eine sehr große Resignation hat geübt werden müssen. Der Entwurf ist von einer einheitlichen Reichsnotariatsordnung sehr weit entfernt. Nicht nur ist die Verfassung des Notariats völlig ungeregelt geblieben,[33b]) sondern auch die Urkundenerrichtung ist ein bloßes Stückwerk. Eine Reihe von Einrichtungen, wie Vidimationen, Siegelungen, Inventarserrichtungen, ferner die Ausstellung notarieller Zeugnisse, insbesondere der Lebenszeugnisse

[33b]) In einer Beziehung scheint allerdings die Verfassung des Notariats durch das B.G.B. beeinflußt zu sein. Die Einrichtung, daß einzelne Notare nur eine beschränkte Zuständigkeit haben, wie z. B. die nicht vollberechtigten Notare im Königreich Sachsen, muß, insoweit Akte in Frage stehen, deren Form das B.G.B. regelt, als beseitigt gelten. Wenn das B.G.B. sagt, ein Testament könne errichtet werden „vor einem Notar", so ist danach jeder Beamte zuständig, der — nach dem Landesrecht — ein Notar ist. Das Gleiche muß auch gelten, wo das Gesetz nicht vom „Notar", sondern von der „notariellen" Form spricht. Denn beide Ausdrucksweisen sind gleichwerthig. Es wäre immerhin wünschenswerth, den Punkt zur Sprache zu bringen. Sollte sich ein Zweifel erheben, so würde es dringend erforderlich sein, die Frage durch eine Gesetzesvorschrift im Sinne der diesseitigen Auffassung zu entscheiden. Denn es wäre ein unleidlicher Zustand, wenn man bei der Notariatsurkunde eines anderen Bundesstaates sich erst informiren müßte, ob die Zuständigkeit des Notars eine volle oder beschränkte ist.

u. A., sind gar nicht geordnet. Eine Privatarbeit kann, namentlich bei der knappen Zeit, hier die nöthige Ergänzung nicht schaffen. Man wird zur Zeit resigniren und sich auf die Empfehlung beschränken müssen, daß der Reichstag dem Verlangen nach einer einheitlichen Reichs-Notariats-Ordnung wenigstens in einer Resolution kräftigen Ausdruck gebe. Umsomehr aber sollte an den Entwurf wenigstens die eine Anforderung gestellt werden, daß er das, was er bietet, als volles und erschöpfendes Reichsrecht gebe. Der Entwurf erfüllt aber auch diese Anforderung nicht. Denn die Annahme, welche bei der Lektüre des zehnten Abschnitts jeder Notar haben wird, daß er künftig bei der Aufnahme der Parteierklärungen lediglich nach dem Reichsrecht werde handeln dürfen, wird grausam zerstört durch eine Vorschrift in den „Schlußbestimmungen", welche wir hier vorweg bebehandeln müssen. Dort ist im § 186 bestimmt:

> Unberührt bleiben die allgemeinen Vorschriften der Landesgesetze über die Errichtung gerichtlicher oder notarieller Urkunden. Ein Verstoß gegen eine solche Vorschrift ist, unbeschadet der Vorschriften über die Folgen des Mangels der sachlichen Zuständigkeit, ohne Einfluß auf die Gültigkeit der Beurkundung.

Die Tragweite dieser Vorschrift ist eine ganz außerordentliche. Man muß die Formen der Akte, die man bisher einheitlich in seinem Landesrecht hatte, fortan zusammensuchen aus dem Reichsrecht und Landesrecht; jede einzelne Vorschrift des letzteren muß daraufhin geprüft werden, ob sie eine Formvorschrift enthält, welche noch eine weitere Erschwerung neben den reichsrechtlichen Formvorschriften darstellt; ist dies der Fall, dann muß die reichsrechtliche und noch außerdem die landesrechtliche Form beachtet werden. Machen wir einmal einen kleinen Versuch mit dem preußischen Notariatsrecht.

§ 5 des G. v. 11. Juli 1845 behandelt die Fälle, in denen der Notar wegen Verwandtschaft von der Aktsaufnahme ausgeschlossen ist. Der Entwurf behandelt die Frage gleichfalls. Nach § 160 des Entwurfs ist der Notar ausgeschlossen, wenn er mit einem Betheiligten in gerader Linie oder im zweiten Grade der Seitenlinie verwandt oder verschwägert ist; nach altpreußischem Recht aber geht die Ausschließung in der Seitenlinie „bis zum Grade des Oheims oder Neffen", d. i. bis zum dritten Grade. Also bei Verwandtschaft bis zum zweiten Grade Ausschließung

nach Reichsrecht, bei Verwandtschaft des dritten Grades Ausschließung nach Landesrecht. §§ 7—9 des preußischen Gesetzes behandeln die Erfordernisse der Notariatszeugen. Auch das Reichsrecht regelt den Punkt. Nach letzterem (§ 163) soll als Zeuge nicht mitwirken, wer die bürgerlichen Ehrenrechte nicht besitzt und wer nach dem Strafgesetze zum Zeugeneide unfähig ist; nach altpreußischem Recht (§ 7 Nr. 2) dagegen sind alle diejenigen ausgeschlossen, welche mit Zuchthaus bestraft sind oder wegen Diebstahls, Unterschlagung, Betrugs, Untreue, Fälschung oder Eidesbruchs zu irgend einer Strafe verurtheilt sind. Also wer wegen Unterschlagung, aber mit Belassung der Ehrenrechte, bestraft ist, ist nach Reichsrecht zum Zeugniß fähig, nach Landesrecht unfähig, danach nicht zuzuziehen. Nach dem Entwurf dürfen die Zeugen nicht minderjährig sein; nach der hannöverschen Not.Ordn. (§ 28) müssen sie dagegen „mindestens 20 Jahre alt" sein. Nun könnte man meinen, man richte sich in diesem Punkte nach dem Reichsrecht als demjenigen, welches die schwereren Erfordernisse aufstellt. Fehlgeschossen! Wer mit 19 Jahren für volljährig erklärt ist, ist nach Reichsrecht als Zeuge zulässig, nach der hannöverschen Not.Ordn. aber unzulässig. Frauen sind gleichfalls nach dem Reichsrecht zulässig, nach dem Landesrecht unzulässig. Nach § 163 Nr. 4 des Entwurfs soll nicht mitwirken, „wer als Gesinde oder Gehülfe im Dienste . . . des beurkundenden Notars steht"; nach sämmtlichen preußischen Notariatsordnungen aber sind ausgeschlossen: „die Dienstboten und Gehülfen der Betheiligten und Notare". Die Dienstboten der Parteien also sind nach dem Reichsrecht als Zeugen zulässig, nach dem Preußischen Recht aber unzulässig.

Der Leser wird genug von dieser Probe haben; sie giebt nur einen kleinen Theil derjenigen Fragen wieder, die sich allein in den wenigen angezogenen Paragraphen des preußischen Rechts finden. Und so geht es Paragraph für Paragraph. Und so wird es im ganzen Reiche mit jeder einzelnen Notariatsordnung gehen. Und das nennt man Rechtseinheit! Es ist bitter zu sagen, daß die Freunde der Rechtseinheit sich die ernstliche Frage vorlegen müssen, was besser ist: ob ein Zustand derartiger Verworrenheit oder aber der Verzicht auf eine einheitliche Gestaltung des Urkundenwesens überhaupt? Dem kann nicht mit Recht entgegen gehalten werden, daß durch den § 186 des Entwurfs die landesgesetzlichen Formvorschriften auf die Gültigkeit der

Urkunde keinen Einfluß haben. Gewiß wäre der Zustand noch unerträglicher, wenn auch nicht einmal dieser Schutz existirte. Aber unerträglich ist er auch mit diesem Schutz. Es ist mit ein Zweck der Rechtseinheit, die Kräfte der deutschen Juristen — der Praktiker sowohl wie der juristischen Schriftsteller — frei zu machen von der Last, die die Rechtszersplitterung mit sich bringt, und sie zu befähigen, die frei gewordenen Kräfte der Ausbildung und Handhabung des gemeinsamen Rechts zu gute kommen zu lassen. Hier aber wird ihnen eine Aufgabe gestellt, wie sie der Zustand des ärgsten Partikularismus nicht schlimmer hervorbringen kann: eine Zersplitterung der Kräfte nicht nur, sondern eine Verwendung des Verstandes auf die ödesten und nichtigsten Dinge, die es im Rechtsleben giebt. Im Endresultat muß dieser Zustand auch nothwendig zum Schaden des Publikums gereichen. Was der menschliche Verstand leistet, ist begrenzt. Wird er an einer Stelle zu sehr angespannt, so leistet er dafür an anderer Stelle weniger. Ein Notar,[34]) der bei dem Formuliren des Aktes eine solche Aufgabe zu erfüllen hat, wie sie vorstehend geschildert ist, der hat ein gut Theil Verstand schon absorbirt, bevor er an den materiellen Theil der Urkunde überhaupt herangeht. In einem solchen Beamten bildet sich sehr leicht die Auffassung aus, daß, wenn er für Beobachtung all und jeder Formalien gesorgt hat, dies schon eine Leistung ist. Die Verantwortung für den materiellen Theil des Aktes macht er sich dann leichter und schreibt auf, was die Parteien sagen. Darum ist es eine wesentliche Aufgabe eines guten Notariatsrechts, die Formen des Aktes möglichst einfach und klar zu gestalten, so daß die Arbeit des instrumentirenden Beamten frei wird für die sachliche Gestaltung des Aktes, zumal bei den Schwierigkeiten, die das neue Recht hier bieten wird. Eine Notariatsordnung, welche diese Aufgabe nicht erfüllt, ist eo ipso schlecht. Und wenn der Entwurf solche Notariatsordnungen nicht verhütet, so hat er eben das Notariat für die Erfüllung der Aufgabe, die das neue Recht ihm stellt, schlecht ausgerüstet. Darum sollten die Notare des Reiches sich erheben gegen diese Vorschrift und im Sturme vom Reichstag deren Streichung verlangen; denn was die Vorschrift ihnen auferlegt, ist eine

[34]) Wenn hier überwiegend auf den Notar und nicht auf den Richter exemplifizirt wird, so geschieht dies deshalb, weil — wenigstens in Preußen — die im Text monirten Zustände für das Notariat eine ungleich größere Bedeutung haben, als für das Richteramt.

Quälerei. Und wenn man in der Kommission des Reichstags der Sache näher tritt, dann möge man die Frage nicht so stellen: ob in irgend einem Landesrecht irgend eine Formvorschrift sich findet, deren Aufrechterhaltung unter irgend welchen Umständen dienlich sein könnte? Sondern die Frage muß so gestellt werden: ob die Anforderung, daß Richter und Notare nur nach den Vorschriften des Entwurfs instrumentiren sollen, so schweren Schaden bringen würde, daß dieses noch unerträglicher wäre als der hier geschilderte Zustand? Diese Frage wird kein Einsichtiger bejahen können. Anscheinend ist bei Feststellung des Entwurfs kein Notar gehört worden. Sonst wäre der § 186 wohl kaum stehen geblieben.

Mit der Streichung des § 186 sollte ferner die positive Vorschrift verbunden werden, daß die Bestimmungen des Entwurfs an die Stelle der landesrechtlichen Förmlichkeiten treten. Es bestimmt nämlich der Art. 151 des Einf.Ges. z. B.G.B. unter Bezugnahme auf die Vorschriften des Gesetzbuchs über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen ganz ebenso wie der jetzt vorgeschlagene § 186:

> Durch die Vorschriften der §§ 2234 bis 2245, 2276 des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Artikels 149 dieses Gesetzes werden die allgemeinen Vorschriften der Landesgesetze über die Errichtung gerichtlicher oder notarieller Urkunden nicht berührt. . . . .

Als diese Vorschrift erlassen wurde, konnte man nicht wissen, welchen Umfang die reichsrechtliche Regelung in diesem Punkte gewinnen wird. Wenn jetzt die allgemeinen Vorschriften über die Urkundenerrichtung erschöpfend vom Reiche geregelt werden, dann wird der Inhalt des Art. 151 gegenstandslos.

Mit den vorstehenden Vorschlägen aber ist dem Bedürfniß nach Rechtseinheit noch nicht genügt. Der Art. 141 des Einf.Ges. zum B.G.B. enthält eine Vorschrift, welche in richtige Beziehung zu dem neuen Gesetz gebracht werden muß. Hier ist verordnet:

> Die Landesgesetze können bestimmen, daß für die Beurkundung von Rechtsgeschäften, die nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs gerichtlicher oder notarieller Beurkundung bedürfen, entweder nur die Gerichte oder nur die Notare zuständig sind.

Daß die Vorschrift in diesem allgemeinen Umfange erlassen worden ist, ist bedauerlich, aber jetzt nicht mehr zu ändern. Dagegen ist im Einf.Ges. nicht bestimmt, welche Folgen eine Uebertretung der Zuständigkeitsgrenzen haben soll. Und für diese Frage ist das vorliegende, die Formen der Akte regelnde Gesetz, recht eigentlich der Ort. Die Frage sollte hier in dem Sinne zur Entscheidung gebracht werden, daß eine Uebertretung der Zuständigkeitsregeln der Gültigkeit des Aktes nicht schadet. Der Art. 141 hat nämlich wieder eine viel bedeutendere Tragweite, als man auf den ersten Augenblick denkt. Die nächste Veranlassung zur Entstehung der Vorschrift ist ja wohl folgende: Es haben einzelne Staaten keine Notare, diese sollten nicht gezwungen werden, das Institut einzuführen; in anderen Staaten hinwiederum besteht das Notariat in französischer Form, derzufolge die Gerichte von jeder Ausübung desselben ausgeschlossen sind; diese Staaten sollen nicht verpflichtet sein, die Gerichte zu den Notariatsgeschäften heranzuziehen. Wäre der Sinn der Vorschrift nur dieser, so wären Uebertretungen der Zuständigkeitsregeln gar nicht zu besorgen und man brauchte dieserhalb nichts vorzukehren. Aber die Vorschrift beschränkt sich hierauf nicht. Sieht man genau zu, so gestattet sie der Landesgesetzgebung für jeden einzelnen Akt eine Sonderbestimmung. Die Landesgesetze können vorschreiben, daß die Notare und Gerichte zwar im Allgemeinen für alle Beurkundungen zuständig sein sollen, daß aber dieser oder jener Akt nur von den Gerichten oder nur von den Notaren aufgenommen werden darf. Ja noch mehr! Die Worte: „die Landesgesetze können bestimmen" beziehen sich nicht blos auf die Zukunft, sondern nach der ausdrücklichen Vorschrift im Art. 3 des Einf.Ges. konserviren diese Worte sogar den ganzen Wust des bestehenden Landesrechts. Man darf nun blos daran erinnern, daß z. B. in Preußen die Notare zwar Eheverträge, aber keine Erbverträge aufnehmen dürfen, daß es aber für beide Fälle auch Ausnahmen giebt, in denen die Zuständigkeit der Notare beschränkt bezw. erweitert ist, daß sie ferner zwar Verträge von Tauben und Stummen, aber nicht solche von Blinden und Taubstummen beurkunden dürfen, daß Schenkungsverträge nicht zur Zuständigkeit der Notare gehören, daß die Notare aber zuständig werden, wenn es sich um eine donatio sub modo handelt, daß es von dieser Ausnahme aber wieder eine Ausnahme giebt, wenn nämlich die Auflage lediglich zum Besten des Beschenkten abzielt — und man wird sofort erkennen,

daß es auch für den Juristen ganz unmöglich ist, einem in einem anderen Staate aufgenommenen Notariatsakte anzusehen, ob die Urkunde von einem zuständigen Beamten aufgenommen ist. Welcher Praxis die Gerichte und sonstigen Behörden bei der Produzirung von Notariatsakten aus anderen Bundesstaaten folgen werden, ob sie den Grundsatz „legalia praesumuntur“ zur Anwendung bringen oder ob sie in jedem einzelnen Falle den Nachweis verlangen werden, ob und in welcher Art der betreffende Staat von der Befugniß des Art. 141 Gebrauch gemacht hat, steht noch sehr dahin. Befugt möchten sie wohl zu letzterem Verfahren erscheinen.[35]) Es ist aber ein Erforderniß der Rechtseinheit, derartige Zustände nicht zu dulden. Wir bauen das einheitliche Recht dazu, um das Recht leicht und bequem handhaben zu können. Die Einzelstaaten mögen den Notar, der seine Zuständigkeit überschritten hat, am Kragen kriegen und abstrafen; dann werden sie erreichen, daß die Uebertretung sich nicht wiederholt. Aber sie sollen nicht verlangen, einen anderen Staat mit der Beurtheilung so krauser Zuständigkeitsfragen zu belästigen, wie sie sich hier entwickeln. Für alle Betheiligten muß vielmehr ein Notariatsakt gültig sein, wenn er nach Reichsrecht gültig ist. Bei der gesetzgeberischen Entscheidung darf man sich auch hier nicht von irgend einer Theorie abhängig machen, wie der, daß die Ueberschreitung der sachlichen Zuständigkeit (im Gegensatz zur örtlichen) dem Akt die Kraft nehmen „müsse“. Dieser Satz enthält doch keine Offenbarung. Die Frage ist vielmehr rein praktisch dahin zu stellen: welcher Schaden ist größer: wenn ein Akt, den ein mecklenburgischer oder schwarzburgischer Notar aufgenommen hat, statt ihn an das Gericht zu verweisen gültig ist? oder wenn man im ganzen Reiche bei der Frage, ob ein mecklenburgischer oder schwarzburgischer Notariatsakt gültig ist, in Rechtsunsicherheit geräth?

Deshalb schlagen wir vor, neben der Streichung des § 186 folgende Bestimmungen in den zehnten Abschnitt des Entwurfs — vielleicht hinter § 173 — aufzunehmen.

„§ 173a.

Die Vorschriften dieses Abschnitts treten an die Stelle der Vorschriften der Landesgesetze über die Errichtung gerichtlicher oder notarieller

[35]) Das Reichsgesetz vom 1. Mai 1878 über die Entbehrlichkeit der Beglaubigung hat mit der Prüfung der Kompetenz der Urkundsperson nichts zu thun; vergl. Koch-Jastrow, Formularbuch 10. Aufl. S. 189f. A. M. Weißler S. 349.

Urkunden. Die Vorschriften der Landesgesetze über Beurkundungen, welche nicht unter den § 158 dieses Gesetzes fallen, bleiben unberührt.[36])

§ 173 b.

Sofern durch Landesgesetz bestimmt ist, daß für die Beurkundung von Rechtsgeschäften, die nach den Vorschriften des B. G.B. gerichtlicher oder notarieller Beurkundung bedürfen, nur die Gerichte oder nur die Notare zuständig sind (Art. 141 des E.G. z. B. G.B.), wird durch die Uebertretung einer solchen Bestimmung die Gültigkeit der Beurkundung nicht berührt."

VIII. Schlußbestimmungen.

Die Schlußbestimmungen (§§ 175—189) sind der Einführung des neuen Gesetzes, seinem Verhältniß zu den bisherigen Gesetzen und ähnlichen Fragen gewidmet.

§ 175 bestimmt, daß das Gesetz gleichzeitig mit dem B. G.B. in Kraft tritt und daß die Art. 2—5 und 32 des Einf.Ges. z. B. G.B. (betreffend das allgemeine Verhältniß zum älteren Reichs- und Landesrecht) entsprechende Anwendung finden. § 176 bestimmt:

> Die Vorschriften der §§ 11, 66 des Gesetzes über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung vom 6. Februar 1875 (Reichs-Gesetzbl. S. 23) werden insoweit aufgehoben, als sie der Landesgesetzgebung die Befugniß gewähren, das gerichtliche Verfahren abweichend zu regeln.

Nach den oben (zu § 64) gemachten diesseitigen Vorschlägen kann die Vorschrift einfacher wie folgt gefaßt werden:

> „Die beiden letzten Sätze des § 11 und der dritte Absatz des § 66 des Gesetzes u. s. w. werden aufgehoben."

§ 177 enthält eine durch das neue Gesetz gebotene Aenderung des § 11 Abs. 2 des Reichsschuldbuchgesetzes. § 178 erklärt die Vorbehalte, welche das Einf.Ges. z. B. G.B. zu Gunsten der Landesgesetze gemacht hat, auch auf „diejenigen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit für anwendbar, welche Gegenstand dieses Gesetzes sind". Hier müßten nach diesseitiger Redaktion die gesperrten Worte fortfallen. Mit § 179 beginnt die Reihe der Artikel mit den ominösen Anfangsworten: „Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften". § 179 konservirt die Vorschriften über den Vorsitz im Familienrath

[36]) Vergl. über diesen Zusatz oben (S. 354) die Bemerkungen zu § 158.



für den Fall, daß die Obliegenheiten des Vormundschaftsgerichts durch Landesgesetz anderen Behörden als den Amtsgerichten übertragen werden. § 180 hält die Vorschriften aufrecht, wonach für die öffentliche Anerkennung unehelicher Kinder und für die Beglaubigung der Unterschrift noch andere Stellen, als Amtsgerichte oder Notare zuständig sind. Hier ist der Zusatz zu verlangen:

> „Die danach zuständigen Stellen sind dem Bundesrath mitzutheilen und durch das Reichsgesetzblatt bekannt zu machen."

Es ist erforderlich, überall im Reiche zu wissen, ob die aus einem anderen Bundesstaate stammende Unterschriftsbeglaubigung öffentlichen Glauben hat oder nicht.

Abs. 2 des § 180 fügt hinzu:

> Durch Landesgesetz kann die Zuständigkeit der Amtsgerichte für die öffentliche Beglaubigung einer Unterschrift oder eines Handzeichens ausgeschlossen werden.

Die Nothwendigkeit dieser Vorschrift darf bezweifelt werden. Jedenfalls aber würde nach dem diesseits vorgeschlagenen § 173 b der Vorschrift nur die Bedeutung einer Instruktion zukommen. Richtiger wäre sie alsdann dahin zu fassen:

> „Durch Landesgesetz kann bestimmt werden, daß die Amtsgerichte die öffentliche Beglaubigung von Unterschriften oder Handzeichen nicht vornehmen sollen."

§ 181 bestimmt:

> Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen, wenn die Auseinandersetzung in Ansehung eines Nachlasses nicht binnen einer bestimmten Frist bewirkt ist, das Nachlaßgericht die Auseinandersetzung von Amts Wegen zu vermitteln hat; auf die Auseinandersetzung finden die Vorschriften der §§ 79 bis 88 Anwendung."

Diese Vorschrift dürfte gestrichen werden können. Zu einer Einmischung des Nachlaßgerichts ohne Anrufung der Interessenten liegt keine Veranlassung vor. Auch da, wo solche Einrichtung bisher existirt hat, wird man ohne sie auskommen können.

§ 182 konservirt die Landesgesetze, nach welchen für die Auseinandersetzung bei aufgehobener Gütergemeinschaft andere als gerichtliche Behörden zuständig sind — nach dem Entwurf (§ 89) ist nämlich dieses Verfahren der Nachlaßtheilung analog geordnet — und

ferner die Vorschriften, nach welchen sowohl in diesen Fällen als auch bei Nachlaßsachen an Stelle der Gerichte oder neben diesen die Notare „die Auseinandersetzung zu vermitteln haben". In dieser Vorschrift sollten die den Notaren zu überweisenden Funktionen deutlicher präzisirt werden. Sollte es die Meinung sein, daß die gesammte gerichtliche Thätigkeit, also auch das Versäumnißverfahren und die Bestätigung der Auseinandersetzung den Notaren übertragen werden dürfen, so müßte dies bedenklich und mit der allgemeinen Stellung der Notare kaum vereinbar erscheinen.

§ 183 bestimmt:

> Sind für die im § 1 bezeichneten Angelegenheiten nach Landesgesetz andere als gerichtliche Behörden zuständig, so gelten die in dem ersten Abschnitte für die Gerichte gegebenen Vorschriften auch für die anderen Behörden.
>
> Als gemeinschaftliches oberes Gericht im Sinne der §§ 5, 41 [37]) gilt dasjenige Gericht, welches das gemeinschaftliche obere Gericht für die Amtsgerichte ist, in deren Bezirke die Behörden ihren Sitz haben. Durch Landesgesetz kann jedoch bestimmt werden, daß, wenn die Behörden in dem Bezirke desselben Amtsgerichts ihren Sitz haben, dieses als gemeinschaftliches oberes Gericht zuständig ist.
>
> Die Vorschriften des § 7 über die Sitzungspolizei und über die Berathung und Abstimmung sowie die Vorschriften der §§ 8, 9, 28 [38]) finden keine Anwendung.
>
> Durch die Vorschrift des Absatzes 1 wird die Verpflichtung der gerichtlichen Behörden, gemäß § 2 Rechtshülfe zu leisten, nicht berührt.

Nach den diesseitigen Vorschlägen würde die Vorschrift wie folgt zu fassen sein:

> „Sind für die dem Vormundschaftsgericht oder dem

[37]) § 5 des Entwurfs betrifft die Bestimmung des zuständigen Gerichts durch das höhere Gericht; § 41 die Entscheidung über Abgabe einer Vormundschaft an ein anderes Gericht durch das gemeinschaftlich obere Gericht.

[38]) § 8 betrifft die Gerichtsferien, § 9 die Anbringung von Anträgen zu Protokoll eines Gerichtsschreibers, § 28 die Ertheilung von Rechtskraftzeugnissen durch den Gerichtsschreiber.

Nachlaßgericht obliegenden Verrichtungen[39]) nach Landesgesetz andere als gerichtliche Behörden zuständig, so gelten die in diesem Gesetz[40]) für die Gerichte gegebenen Vorschriften mit folgenden Maßgaben auch für die anderen Behörden.

Von den Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes kommen nur diejenigen über die Gerichtssprache und falls von der anderen Behörde um Rechtshülfe ersucht wird, auch die Vorschriften über die Rechtshülfe zur Anwendung.

Im Falle des § 36 Nr. 2, 5, 6[41]) der C.P.O. und des § 41 dieses Gesetzes entscheidet dasjenige Gericht, welches das gemeinschaftliche obere Gericht für die Amtsgerichte ist, in deren Bezirk die Behörden ihren Sitz haben. Durch Landesgesetz kann jedoch bestimmt werden, daß, wenn nur zwischen anderen als gerichtlichen Behörden zu entscheiden ist, und diese Behörden in dem Bezirk desselben Amtsgerichts ihren Sitz haben, die Entscheidung dem letzteren zusteht."

Hinter § 183 würde gemäß den früheren Erörterungen einzufügen sein:

„§ 183 a.

Die §§ 13 und 14 finden auch auf die Thätigkeit der Grundbuchämter Anwendung.[42])

Sind die Gerichte zu Grundbuchämtern bestellt, so finden noch außerdem der § 5 Nr. 1 u. 2, die §§ 5a, 6, 9 und § 11 Abs. 1 Anwendung.[43])

Die Vorschriften der Grundbuchordnung bleiben unberührt."

---

[39]) Nur diese Angelegenheiten können an andere Behörden übertragen werden. Art. 147 des Einf.Ges. z. B. G.B.

[40]) Nicht blos im ersten Abschnitt. Die Anwendbarkeit der Vorschriften der übrigen Abschnitte für die anderen Behörden scheint der Entwurf als selbstverständlich vorauszusetzen.

[41]) Bestimmung des zuständigen Gerichts bei Streit oder Ungewißheit.

[42]) Die Vorschriften betreffen die Bekanntmachung gerichtlicher Verfügungen und die Berechnung von Fristen. Sie sind namentlich für den Fall des § 18 der G.B.O. von Bedeutung.

[43]) Vergl. oben (S. 316 ff.) die Erörterungen zu §§ 1, 2, 7, 8. Es ist die diesseitige Absicht, aus dem Entwurf zur Anwendung zu bringen: § 2 (Rechtshülfe), § 5 (Bestimmung des zuständigen Gerichts), § 6 (daß gerichtliche Verfügungen nicht unwirksam sind, wenn sie von einem örtlich unzuständigen Gericht erlassen sind), §§ 7, 8 (betreffend Anwendung von Bestimmungen des G.V.G.), § 9 (Anbringung

§ 184 giebt für den Fall des § 183 den Landesgesetzen die Befugniß, zu bestimmen, daß bei Unzufriedenheit mit der Entscheidung einer außergerichtlichen Behörde zunächst und vor der Beschwerdeführung die Entscheidung des Amtsgerichts nachzusuchen ist.

§ 185 bestimmt:

> Ist für die Volljährigkeitserklärung nach Landesgesetz die Centralstelle eines Bundesstaates zuständig, so finden die in dem ersten Abschnitte für die Gerichte gegebenen Vorschriften keine Anwendung.

Diese Vorschrift würde zu streichen sein. Der ihr zu Grunde liegende Zustand ist folgender: Wie bereits erwähnt, dürfen nach Art. 147 des Einf.Ges. z. B. G.B. die Funktionen des Vormundschaftsgerichts auch an andere als gerichtliche Behörden übertragen werden. Doch gilt dies nur für die erste Instanz. Als Beschwerdeinstanzen fungiren vermöge des vorliegenden Gesetzes stets die reichsgesetzlich dafür eingesetzten Gerichte. Dieser Rechtsschutz bildet immerhin das Gegengewicht gegen die zugelassene partikularistische Regelung der ersten Instanz durch Landesrecht; wenigstens muß der gerichtliche Instanzenzug offengehalten werden. Dieser Zustand würde ganz ebenso für die Volljährigkeitserklärung zu gelten haben; denn nach § 3 des B. G.B. gehört letztere vor das Vormundschaftsgericht. Nun besteht in einzelnen Bundesstaaten noch die Einrichtung, daß die venia aetatis landesherrliche Gnadensache ist und durch den Landesherrn oder sein Ministerium ertheilt wird. Um diesen Zustand weiter erhalten zu können, wird der § 185 vorgeschlagen. Allein diese Absicht ist zu mißbilligen und steht im Widerspruch mit dem Geiste des B. G.B. Nach dem letzteren ist die Volljährigkeitserklärung zur Justizsache gemacht und wenn die Landesgesetze auch die Befugniß haben, andere als Justizbehörden damit zu betrauen, so haben sie doch keinen Anspruch darauf, den ganzen Rechtsschutz der Reichsgesetze außer Kraft gesetzt zu sehen, blos zu dem Zwecke, damit sie solche Behörden einsetzen dürfen, welche

---

von Anträgen und Erklärungen, die jedoch nur in der diesseitigen Fassung S. 325 auf Grundbuchsachen anwendbar sein würde) und § 11, insoweit er die Befugniß gewährt, sich durch einen Bevollmächtigten vertreten zu lassen. Die §§ 2, 7, 8 sind bereits durch die diesseits vorgeschlagene Redaktion des § 2 des Einf.Ges. zum G.V.G. (oben S. 322) berücksichtigt; wegen der übrigen Bestimmungen vergl. oben deren anderweite Redaktion (S. 323 ff.).

sie den Rechtsschutzeinrichtungen der Reichsgesetze nicht unterstellen zu können meinen.[44]) Vielmehr ist der rationelle Zustand gerade umgekehrt. Die Schutzvorschriften des Reiches müssen bleiben und die Landesgesetze müssen ihr Recht, andere als gerichtliche Behörden mit den Funktionen des Vormundschaftsgerichts zu betrauen, so ausüben, daß sie diese Behörden dem ordentlichen Instanzenzug unterstellen können. Wird der § 185 gestrichen, dann ist der Rechtszustand folgender: Nach wie vor haben die Landesgesetze die rechtliche Möglichkeit, die Volljährigkeitserklärung in die Hände des Landesherrn oder von dessen Ministerium zu legen, wenn sie gewärtigen wollen, daß deren Entscheidungen auf Beschwerde vom Landgericht oder Oberlandesgericht aufgehoben werden. Da sie dies für unthunlich halten werden, so ist ihnen allerdings die erwähnte Einrichtung thatsächlich unausführbar gemacht. Und das ist ganz in der Ordnung. Die venia aetatis als landesherrliche Gnadensache ist damit dorthin gewiesen, wohin sie gehört und wohin auch das landesherrliche Ehescheidungsrecht gewandert ist — in die Abtheilung für Rechtsalterthümer.

§ 186 ist bereits oben (S. 366 ff.) besprochen. § 187 konservirt die Vorschriften, wonach bei der Urkundenaufnahme an Stelle des Gerichtsschreibers oder zweier Zeugen eine besondere Urkundsperson zuzuziehen ist. Dies entspricht der im Art. 149 des Einf.Ges. z. B.G.B. für Verfügungen von Todes wegen getroffenen Bestimmung.

§ 188 schreibt vor:

> Durch die Gesetzgebung eines Bundesstaates, in welchem mehrere Ober-Landesgerichte errichtet sind, kann die Entscheidung über das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde einem der mehreren Ober-Landesgerichte oder an Stelle eines solchen Ober-Landesgerichts dem obersten Landesgerichte zugewiesen werden.
>
> Das Gericht, dem nach Absatz 1 die Entscheidung zugewiesen wird, tritt zugleich für die Beschwerde gegen eine Verfügung des Landgerichts an die Stelle des nach den §§ 59, 65 und dem § 133 Absatz 2 zuständigen Ober-Landes-

---

[44]) Die Protokolle der zweiten Kommission sagen zur Rechtfertigung des Art. 147 ausdrücklich: „Man müsse vertrauen, daß die Landesgesetzgebung von den ihr überwiesenen Befugnissen einen zweckentsprechenden Gebrauch machen werde". Mot. z. Einf.Ges. z. B.G.B. S. 98.

gerichts. Auch gilt es im Sinne der §§ 5, 41 als gemeinschaftliches oberes Gericht für alle Gerichte des Bundesstaates.

Der Inhalt des ersten Absatzes ist nach den diesseitigen Vorschlägen im allgemeinen Theil (S. 322) bereits in organische Verbindung mit dem G.V.G. gebracht. Die Vorschrift wäre deshalb wie folgt zu fassen:

„Ist durch die Gesetzgebung eines Bundesstaates die Entscheidung über die weitere Beschwerde einem von mehreren Oberlandesgerichten oder einem obersten Landesgericht zugewiesen worden (§ 9 des Einf.Ges. z. G.V.G.), so tritt das Gericht, welchem die Entscheidung zugewiesen ist, zugleich für die Beschwerde gegen eine Verfügung des Landgerichts in den Fällen der §§ 59, 65 und des § 133 Absatz 2 [45]) an die Stelle des zuständigen Oberlandesgerichts. Das Gleiche gilt für die nach § 41 dieses Gesetzes und nach § 36 Nr. 2, 5, 6 der C.P.O. von dem Oberlandesgericht zu erlassenden Entscheidungen; das Gericht gilt hierbei als gemeinschaftliches oberes (im Instanzenzuge höheres) Gericht für alle Gerichte des Bundesstaates."

Endlich bestimmt die Schlußvorschrift des § 189:

Durch Landesgesetz können Vorschriften zur Ergänzung und Ausführung dieses Gesetzes, mit Einschluß der erforderlichen Uebergangsvorschriften, auch insoweit erlassen werden, als dieses Gesetz Vorbehalte für die Landesgesetzgebung nicht enthält.

Die Vorschrift ist außerordentlich weitgehend. Bei dem zum Theil fragmentarischen Charakter des Gesetzes wird sie nicht ganz entbehrt werden können. Ob sie aber wirklich in so uneingeschränkter Art erforderlich ist, wie hier vorgesehen, läßt sich ohne Kenntniß der Motive und der bei den einzelnen Regierungen in dieser Beziehung herrschenden Absichten nicht beurtheilen. Sehr erwünscht wäre es, wenn in der Kommission des Reichstages eine genauere Berathung hierüber mit den Vertretern der einzelnen Staaten stattfände und wenn man sich hierbei bemühte, die Vorschrift auf das Maß des wirklichen Bedürfnisses herabzusetzen. Drei Anforderungen aber müßten unbedingt erfüllt werden. Zunächst: das Beurkundungswesen muß von der Bestimmung aus-

[45]) Falls — gemäß den diesseitigen Vorschlägen — der § 133 gestrichen wird, würde dessen Citirung hier wegfallen.

genommen werden. Die Urkunden dürfen nicht im Wege der Ausführungsbestimmung mit beliebigen weiteren Formalitäten belastet werden. Hierfür ist die Begründung bereits oben zu § 186 gegeben worden. Ferner: wenn nach der Absicht des vorliegenden Gesetzes ein Punkt als erschöpfend geregelt zu erachten ist, so darf eine Ergänzungsbestimmung landesrechtlich nicht erlassen werden. Was dann als Lücke bleibt, muß vielmehr aus dem Geiste des Reichsgesetzes im Wege der Rechtsprechung ergänzt werden. Dies versteht sich bei richtiger Auslegung wohl von selbst; aber es ist doch nicht überflüssig, daß es bestimmt wird. Man weiß sonst die Grenze gar nicht zu ziehen. Nehmen wir ein Beispiel: Nach § 26 muß die weitere Beschwerde von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Ginge es nun etwa an, daß ein Landesgesetz bestimmen würde, die Unterzeichnung müsse durch einen am Oberlandesgericht zugelassenen Rechtsanwalt erfolgen und daß es diese Bestimmung als „zur Ergänzung" des Reichsgesetzes erlassen bezeichnete? Das kann doch wohl kaum die Meinung sein. Aber sicher ist man vor diesen oder ähnlichen „Ergänzungen" doch nicht. Auf der anderen Seite wird die hier vorgeschlagene Einschränkung zwar eine Fessel, aber eine wohlthätige Fessel für die Landesgesetzgebung sein. Die letztere wird sich dadurch genöthigt sehen, nur solche Vorschriften zu erlassen, die mindestens im Geiste des Reichsgesetzes gehalten sind. Es muß übrigens hier abermals hervorgehoben werden, wie dringend die Anforderung ist, den § 1 des G.V.G. (Unabhängigkeit der Gerichte) auf die nicht streitige Gerichtsbarkeit auszudehnen. Bei einem Ausführungsrecht, wie es § 189 den Einzelstaaten geben will, könnten diese sonst z. B. bestimmen, daß die Gerichte gewisse Akte, wie die Volljährigkeitserklärung, die Bestätigung der Annahme an Kindesstatt u. dergl. immer oder unter gewissen Umständen nur nach eingeholter Zustimmung der vorgesetzten Verwaltungsbehörde aussprechen dürfen. Bei der Annahme an Kindesstatt liegen dergleichen Befürchtungen gar nicht fern, wie z. B. bei Adoptirung eines Bürgerlichen durch einen Adligen.[40]) Findet indessen der § 1 G.V.G. Anwendung, dann würde eine derartige Vorschrift gegenüber einer reichsgesetzlich geregelten Thätigkeit der Gerichte unzulässig sein.

[40]) Es handelt sich hier nicht um die Streitfrage der Uebertragung des Adels, diese mag sich nach Landesrecht entscheiden. Aber die Adoption selbst darf niemals verweigert werden, wenn sie nach dem B. G.B. begründet ist.

Die dritte Forderung ist: Ergänzungs- und Ausführungsvorschriften der Landesgesetze dürfen die Gültigkeit gerichtlicher Handlungen nicht berühren. Diese Gültigkeit muß ausschließlich nach dem Reichsrecht beurtheilt werden. Dies ist, was die Urkundenerrichtung betrifft, zwar im § 186 des Entwurfs bestimmt und nach dem diesseitigen Vorschlag soll hier sogar jede Ergänzungsbestimmung der Landesgesetze ausgeschlossen sein. Allein auch die gerichtlichen Entscheidungen bedürfen unter Umständen eines solchen Schutzes. So findet z. B. gegen den Beschluß, welcher die Bestätigung einer Annahme an Kindesstatt ausspricht, nach § 63 des Entwurfs keine Beschwerde statt. Der Sinn der Vorschrift ist offenbar der, daß diese Verfügung einer Rechtskraft nicht fähig ist. Hat das Gericht eine Annahme an Kindesstatt bestätigt, ohne daß die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, z. B. ohne Einholung der Einwilligung des Ehegatten des Annehmenden (§ 1746 B.G.B.), so ist die Bestätigung wirkungslos. Wie nun aber, wenn das Landesrecht zur „Ergänzung" des Reichsgesetzes befugt ist, das Verfahren noch mit beliebigen anderen Umständlichkeiten zu versehen, z. B. die Anhörung weiterer Familienmitglieder vorzuschreiben? Soll es alsdann zu billigen sein, daß eine Bestätigung, bei der eine dieser Vorschriften verletzt ist, deshalb als ungültig angefochten werden kann? Wenn dies wirklich die Meinung ist, dann ist der § 189 eine Fußangel für die Rechtseinheit. Man wende nicht ein, die Frage, ob eine Annahme an Kindesstatt gültig zu Stande gekommen ist, sei eine Frage des materiellen Rechts und deshalb allein nach dem B.G.B. zu entscheiden. Die Frage, ob ein gerichtlicher Akt als rite zu Stande gekommen anzusehen ist, ist vielmehr eine Frage des Verfahrens. Insofern wird also überhaupt die Frage der Gültigkeit gerichtlicher Akte da, wo das vorliegende Gesetz sie nicht entscheidet, durch den § 189 der Landesgesetzgebung ausgeantwortet. Uebrigens ist auf dem Gebiet der nicht streitigen Gerichtsbarkeit die Grenze zwischen materiellem Recht und Verfahren viel flüssiger, als auf dem Gebiete des Prozesses[47]) und deshalb ist es um so nothwendiger, dem § 189 eine Grenze dahin zu ziehen, daß er nicht das materielle Recht kränkt. Muß die Vorschrift wirklich in dem jetzigen Umfange Gesetz werden, dann sollte ihr wenigstens folgende Fassung gegeben werden:

[47]) Es ist vom Verfasser bereits früher an dieser Stelle (Bd. XI S. 337) ausgeführt, wie bei den einschlägigen Akten ein großer Theil der Prozedurschriften sich zusammen mit dem materiellen Recht im B. G.B. findet.

„Durch Landesgesetz können Vorschriften zur Ergänzung und Ausführung dieses Gesetzes, sowie die erforderlichen Uebergangsvorschriften auch insoweit erlassen werden, als dieses Gesetz Vorbehalte für die Landesgesetzgebung nicht enthält. Auf die §§ 158—174 findet diese Bestimmung keine Anwendung. Die Ertheilung und die Form von Ausfertigungen der notariellen Protokolle bestimmt sich indessen nach dem Landesrecht.[48])

Insoweit eine Vorschrift dieses Gesetzes als erschöpfende Regelung anzusehen ist, dürfen Vorschriften zur Ergänzung und Ausführung nicht erlassen werden.[49])

Durch eine Verletzung der Ergänzungs- und Ausführungsvorschriften wird die Wirksamkeit der Handlung einer Behörde oder eines Beamten nicht berührt."

Sollte die Ausdehnung des § 1 des G.V.G. auf die nicht streitigen Rechtssachen nicht beschlossen werden, dann wäre noch außerdem die Aufnahme folgenden Zusatzes zu verlangen:

„Durch die Ergänzungs- und Ausführungsvorschriften dürfen die Handlungen der Gerichte an die Weisung oder Genehmigung anderer Behörden nicht gebunden werden."

Schließlich sei noch dem Wunsche Ausdruck gegeben, daß der Reichstag auch ein einheitliches Kostenwesen für die nicht streitigen Sachen wenigstens insoweit, als sie von den Gerichten zu bearbeiten sind, in Aussicht nehme. Muß der Wunsch auch für die Zeit bis zum Inkrafttreten des B.G.B. wohl als unerfüllbar angesehen werden, so sollte er darum doch nicht von der Tagesordnung verschwinden. Es ist vom Verfasser schon früher an dieser Stelle[50]) ausgeführt worden, wie namentlich auf dem Gebiete des Handelsregisters und der Nachlaßsachen das Bedürfniß nach einem einheitlichen Kostenwesen sehr dringend ist, in Nachlaßsachen

---

[48]) Die §§ 158—174 betreffen die Urkundenerrichtung. § 172 betrifft die Form der gerichtlichen Ausfertigungen. Ueber die notariellen Ausfertigungen, welche zum Theil mit der Verfassung des Notariats in Verbindung stehen, fehlt eine Vorschrift. Es bedarf deshalb hier eines Vorbehalts, welcher vielleicht noch besser mit dem § 172 verbunden werden könnte.

[49]) Durch diese Fassung in Verbindung mit der redaktionellen Aenderung in Abs. 1 ist vorgesorgt, daß die Landesgesetzgebung in Ansehung der bloßen Uebergangsbestimmungen nicht beschränkt ist.

[50]) Bd. XI S. 354.

besonders deshalb, damit man auch bei Erbanfällen aus anderen Bundesstaaten wisse, welche Kosten man zu gewärtigen hat und ob es rathsam ist, sich auf den Erbanfall einzulassen.

Wir schließen diese Erörterungen mit dem Wunsche, daß ihnen an denjenigen Stellen, welche zur ferneren Arbeit an dem Gesetzentwurf berufen sind, eine freundliche Würdigung zu Theil werden möge. Die nicht streitige Gerichtsbarkeit arbeitet nicht mit dem Geräusch wie der Prozeß. In stillerer Unscheinbarkeit vollzieht sich ihr Werk. Aber wichtig für das Rechtsleben des Volkes ist sie sicher nicht minder, vielleicht mehr. Ein gutes Gesetz zu ihrer einheitlichen Gestaltung ist die Ergänzung einer guten Prozeßordnung. Wie diese an der großen verkehrsreichen Straße, so baut jenes an den kleinen, aber um so zahlreicheren Nebenwegen den Bau der deutschen Rechtseinheit.

Zusatz.

Ich habe der vorstehenden Beurtheilung des Herrn Amtsgerichtsraths Jastrow noch einige Bedenken hinzuzufügen.

Im § 24, welcher von der weiteren Beschwerde handelt, sind, abweichend von § 52 Preuß. Ausf. Ges. zum G.V.G., die §§ 524, 526 C.P.O. für entsprechend anwendbar erklärt. Wie sich aus der Uebertragung des § 524 Satz 2 mit § 516 Ziff. 2, 3 C.P.O. auf die weitere Beschwerde ergiebt, kann alsdann auch das mit dieser befaßte Gericht außer den in dem angefochtenen Beschlusse gerichtlich festgestellten Thatsachen nur die in der weiteren Beschwerde bezeichneten Thatsachen berücksichtigen, welche ergeben sollen, daß das Gesetz in Bezug auf das Verfahren verletzt sei, oder welche angeblich unter Verletzung des Gesetzes festgestellt, übergangen oder als vorgebracht angenommen sind. Dies enthält eine ungemeine Erschwerung der Lage des Beschwerdeführers. Ihm ist gewöhnlich der Akteninhalt nicht in gleicher Weise zugänglich, wie der Prozeßpartei. Das Kammergericht hat sich häufig genug aus den Akten mühsam einen Aufhebungsgrund herausgesucht, um sachlich zu helfen. Diese gern geübte Amtspflicht zu verschränken, liegt sicherlich kein Grund vor.

Zu den §§ 123ff. kann aus langjähriger Erfahrung bestätigt werden, daß der Kaufmannsstand es nicht begreift, warum ihm gegen die Strafandrohung des Registergerichts keine Beschwerde zustehen soll. Die zu Folge des Einspruchs abgehaltene mündliche Verhandlung ver-

schleppt nur die Entscheidung. Der Erschienene beschränkt sich fast ausnahmslos darauf, zu wiederholen, was schon in seinem Einspruche steht. Das Verfahren läßt sich zweckmäßiger dahin gestalten: das Registergericht ermittelt, bevor es einschreitet, von Amts Wegen den Sachverhalt unter Anhörung des Betheiligten. Sieht es sich alsdann zu einer Strafandrohung veranlaßt, so ist diese mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar und erst mit der Rechtskraft wirksam. Nach der Rechtskraft findet, sofern nicht innerhalb der in der Androhung bestimmten Frist die gesetzliche Anordnung befolgt ist, die Straffestsetzung und ein ferneres Strafandrohungs- und Festsetzungsverfahren bis zur Befolgung statt. Auch gegen die Festsetzung und die weiteren Verfügungen ist die sofortige Beschwerde gegeben; doch kann sie nicht darauf gestützt werden, daß die früheren Androhungen ungerechtfertigt waren.

In den §§ 134, 137 ist die Löschung einer Aktiengesellschaft, Aktienkommanditgesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Genossenschaft, sowie eines Generalversammlungsbeschlusses dieser Personenvereine von Amts Wegen geregelt. Dazu wurde wahrlich nicht auf allseitigen Wunsch das Anfechtungsrecht der Staatsbehörde aus dem H.G.B. herausgewiesen, damit es in diesen Winkel schlüpfen konnte. Die Garantien, welche das ordentliche Prozeßverfahren für die entsprechenden Anfechtungsklagen des H.G.B. ꝛc. bietet, fehlen hier ganz. Die Bestimmungen widersprechen geradezu der Absicht des H.G.B. ꝛc., welches für die Vernichtung des Gesellschaftsbestandes und der Generalversammlungsbeschlüsse das Prozeßverfahren will. Den Kurssturz von Aktien, der eintritt, sobald die Löschungsentschließung des Registergerichts verlautet, kann keine Beschwerdeinstanz wett machen. Es besteht gar kein Bedürfniß, das Schicksal der Aktionäre von den nachträglichen Bedenken eines vielleicht unverständigen neuen Dezernenten abhängig zu machen. Die Vorschrift muß nach meinem Dafürhalten unweigerlich beseitigt werden. Einem ängstlichen Richter mag die Zubilligung der Eintragung eines Widerspruches, wie in § 54 Abs. 1 Reichs-Grundbuchordnung, helfen.

V. Ring.

I. Verweisungen auf Reichsgesetze.

A. Bürgerliches Gesetzbuch.

Einführungsgesetz.

B. Sonstige Reichsgesetze.

Handelsgesetzbuch in neuer Fassung.

Handelsgesetzbuch in alter Fassung.

Strafgesetzbuch.

Civilprozeßordnung.

Gerichtsverfassungsgesetz.

Strafprozeßordnung.

Wechselordnung.

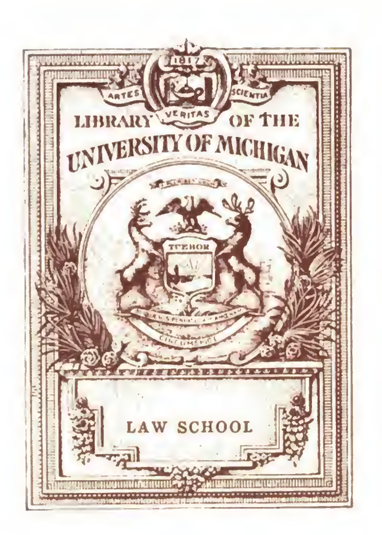
Verfassungsurkunde.

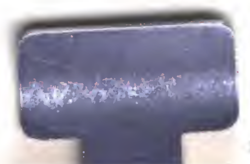
II. Alphabetisches Sachregister.

(Die kleinen Zahlen verweisen auf Anmerkungen.)



III. Verzeichniß der besprochenen Bücher.


1817
ARTES
SCIENTIA
VERITAS
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
TUEBOR
LAW SCHOOL






LAW LIBRARY
University of Michigan
3 5112 103 004 174




LAW LIBRARY
University of Michigan
3 5112 103 004 174



